

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La espontaneidad en el derecho

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Carlos Ruiz del Castillo y Catalán de Ocón

Madrid, 2015

LA ESPONTANEIDAD EN EL DERECHO

TESIS DOCTORAL

por

Carlos Ruiz del Castillo y Catalán de Ocón.

MADRID.-1920

TE 682

A mi querido Maestro y respetado amigo, Dr. D.
Luis Mendizábal y Martín, Presidente del Tribu-
nal que juzgó esta Memoria, en agradecido

Carlos R^o del Partido

Madrid 15 de Mayo de 1920

S U M A R I O

=====

LA ESPONTANEIDAD EN EL DERECHO

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO POSITIVO EN SUS ORIGENES;

ELABORACION CONSUETUDINARIA

Origen social del Derecho.-Síntesis del proceso consuetudinario.-
Elaboración familiar y religiosa del Derecho.-El Derecho en los
grupos sociales compuestos;el principio jerárquico.

CAPITULO SEGUNDO

LA EVOLUCION JURIDICA EN LAS FORMACIONES SOCIALES COMPLEJAS

La aparición del poder guerrero en las relaciones de violencia
entre los grupos,y la del fenómeno del cambio en las relaciones a-
mistosas.-Concepto de la evolución jurídica.-La unidad social por
el Derecho.Dinamismo de la costumbre.-Aparición del Estado como
órgano de integración civilizadora.

CAPITULO TERCERO

LOS INFLUJOS REFLEXIVOS JURIDICOS

- 1-Influjos doctrinales y legales. -Fondo jurídico preexistente a la obra del jurista.-Coexistencia de la espontaneidad popular y de la ley en su aspecto regulador.-Cauce social de la obra legislativa.-Superioridad de la costumbre.-Graduación del estado social; la Estadística.-Las ficciones legales como elementos de continuidad del Derecho.-La costumbre contra ley como elemento de progreso jurídico.-La Codificación y la costumbre.
- 2-Influjos de la jurisprudencia. -Consideración de la obra del Pretor y de la del moderno juez inglés.

CAPITULO CUARTO

LA ELABORACION SOCIOLOGICA DEL DERECHO

Ciencia social y ciencia del Derecho; el método inductivo de la Sociología y el método histórico de la Jurisprudencia.-Ventajas del método histórico.-El Derecho colectivo según la escuela histórica y la sociológica.-Desarrollo natural del Derecho en la Sociedad moderna; socialización y civilización. Exámen de la doctrina de Ihering.-La socialización de los hechos y la consiguiente evolución del Derecho; a) la Política Social y las reivindicaciones obreras.-b) el regionalismo.-c) el mutualismo.-Función socializadora del Derecho natural.

=====

CONCLUSION

P R E L I M I N A R

El presente estudio tiene un carácter exclusivamente jurídico y social. Al referirnos al origen del Derecho, queremos señalar el orden inmediato de sus derivaciones positivas, no la causalidad remota de su procedencia filosófica.

Enunciamos de un modo genérico el título de esta Memoria. Bajo él, pueden estudiarse innumerables manifestaciones colectivas, porque el Derecho revela su espontaneidad, no tan solo cuando aparece como exteriorización de la conciencia social-y así lo concibió la escuela histórica-sino siempre que, mostrando un valor objetivo e independiente, se nutre de las realidades de la vida, flexibiliza en ella su poder, y, según el principio biológico, se somete a la naturaleza para encauzarla.

Hoy aparece como principio inconcuso que una sociedad desarrolla actividades, que pueden transformarse y corregirse, pero que no cabe

2)

desconocer ni asfixiar. Solo utilizando el propio principio de vida social, es como el Derecho se convierte en norma de la vida misma.

Presentar un bosquejo de las relaciones entre la norma y los hechos, estudiar la misión del Derecho en el curso de las evoluciones sociales, observando cómo la gran corriente unificadora de la civilización va formando un tipo de vida colectiva común, que el Derecho garantiza y cohesiona, es nuestro propósito.

En realidad, el estudio de los influjos que el Derecho recibe y que el Derecho presta abarca todo el campo de la ciencia jurídica. Pero es más modesta nuestra pretensión, pues no se nos oculta la desproporción que media entre la magnitud de semejante empeño y la escasez de nuestras fuerzas y de nuestros medios. Aspiramos solo a diseñar algunos de los miembros en que puede descomponerse un estudio de mayores exigencias.

Los orígenes del Derecho positivo, problema envuelto en nieblas

3)

a pesar de tantas investigaciones de toda índole, se reducirá en nuestra Memoria a los límites precisos para señalar las normas rudimentarias de vida de las primeras colectividades. La costumbre identifica en esos primeros momentos la vida social y la jurídica. La institución familiar es el núcleo en el cual se elabora el carácter orgánico del Derecho.

El concepto de la evolución jurídica a través de los grupos sociales compuestos, nos mostrará la acción recíproca del Derecho sobre la vida y de la vida sobre el Derecho. Esa acción mutua se resuelve en una compenetración fecunda.

Un paso más en el camino de la transformación social, nos revela al Derecho viviendo una vida propia en poder de los jurisconsultos y siendo un elemento de coordinación en poder de los legisladores. Pero la analogía existente entre las tendencias espontáneas de las comunidades y sus tipos de vida jurídica, se confirma en ese proceso. Y es la jurisprudencia el órgano encargado de restablecer

4)

el equilibrio, siempre que aparezca perturbado, entre la sociedad y su derecho.

La moderna elaboración sociológica, continuando en cierto modo, con su método de observación, el método de la escuela histórica, ha venido a confirmar la necesidad de que las manifestaciones jurídicas se integren con sustancia viva social. Así puede observarse en el estudio de la socialización del Derecho, síntesis acabada de un realismo jurídico en consonancia con las exigencias de los hechos que articulan la civilización.

El Derecho, como cifra de vida colectiva, como nexo de organizaciones, como fenómeno asimilador, como cauce permanente de las manifestaciones del espíritu público; he ahí enunciada su misión positiva, en la que puede desplegar todas las comprensiones que equivalen a veces a un verdadero poder creador.

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO POSITIVO EN SUS ORIGENES: ELABORACION CONSUETUDINARIA

Origen social del Derecho

Todas las ideas que determinan la conducta-moral, interés-y todos los móviles racionales de afecto o de conservación-~~de~~ simpatía, defensa — caracterizan el Derecho primitivo. Expresión total de la vida de relación, manifiestan sus componentes una complejidad que excluye los caracteres unilaterales. Según los tiempos, según las circunstancias se acusan con realce predominante en el Derecho unos u otros elementos.

El Derecho-considerado siempre en su orden positivo, tangible-se expresa en los hechos sociales que tienen valor de norma y poder de regulación en una comunidad. El hecho, además, no es algo arbitrario en los seres racionales. Por eso para explicarse la formación del Derecho, es indispensable partir de un principio conceptual. Cuando el Sr. Dorado Montero afirma, refiriéndose a los tiempos primitivos

6)

que entre el obrar y la norma no existe distinción, y que esta distinción aparece más tarde(1), podría creerse equivocadamente que el Derecho surge de la arbitrariedad y no es expresión de una idea de justicia, acomodada (claro está) al estado social y dosificada por los intereses que impone la convivencia(2). Para Costa, la reflexión es la creadora del hecho(3). La ecuación entre la reflexión, encauzada por una idea sustantiva moral, y el hecho, engendra el Derecho.

Hablamos, pues, de un hecho racional a cuya espontaneidad corresponde también la espontaneidad del Derecho. "En la infancia del género humano dice Summer Maine-no se concibe la idea de una legislación cualquiera, ni de un autor determinado de Derecho; entonces no se piensa, y el Derecho apenas llega a los límites de la costumbre; es más bien un hábito; está en el aire...." No se piensa jurídicamente;

(1) Valor social de leyes y autoridades. Introducción. Manuales "Soler"

(2) Véase la referencia que hacemos al Derecho natural al fin de la Memoria.

(3) Teoría del hecho jurídico, individual y social, . Para el Sr. Mendizábal, el hecho jurídico es aquel que convierte en realidad la mera posibilidad que la regla de derecho consigna. (Teoría Gral. del Dere-

E)

se piensa ante los hechos, porque la facultad de pensar es inherente al hombre. Al ejercitar la razón sobre las realidades, surge el Derecho como una coordinación entre el estado subjetivo y la cosa conocida. Porque el Derecho tiene un carácter complejo que surge de los conceptos primarios. "Desde niños dice el Sr. Clemente de Diego tenemos opiniones y conceptos sobre cuyo contenido y origen apenas podemos darnos cuenta. Esto pasa, quizás, con el Derecho y aquel de sus modos, aquí en estudio, el Derecho consuetudinario. La reflexión dirá si, y en qué tanto, estos conceptos representan algo real y objetivo, o son solo opiniones subjetivas e individuales. Va en esto envuelto el problema crítico del conocimiento y el del valor moral de los actos humanos; es decir, el problema lógico y ético"(1).

Así es que la vida jurídica aparece borrosa en sus orígenes y

cho. Zaragoza, 1915. Pág. 112). En los tiempos primitivos, la regla de derecho es la misma justicia natural, que se expresa en los hechos.

(1) "El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código civil español" Discurso de recepción en la R. Acad. de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1918.

casí identificada con la vida social. El Derecho se nos muestra diluído en los usos y en las prácticas habituales, antes de mostrárenos como un orden de garantías. Es el mismo principio espontáneo a que obedece la vida el que impulsa esas actividades.

Toda persona, al obrar libremente-dice el Sr. Costa-expresa un estado suyo de derecho(1). Pero es el reconocimiento, por el grupo social, de ese estado de derecho lo que lo regulariza y actúa. Todo derecho es un principio de vida social, de convivencia humana. Aún los mismos derechos individuales, expresan una relación negativa de socialidad. No sería preciso afirmar en el hombre el derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad, a la propiedad, sino en previsión de que los semejantes los desconocieran, tratando de violarlos. El derecho individual, para actuarse en un orden positivo, necesita un reconocimiento. Pasa de potencia a acto mediante la adhesión del grupo social. Como dice Saleilles, "toda atribución de un derecho subjetivo

Ob.cit.cap.IV.-

9)

implica un reconocimiento voluntario por parte de los otros de la existencia del poder que le constituye"(1).

Lo que ocurre es que en los grupos rudimentarios existe la posibilidad de ejercer un mayor número de actividades individuales, independientes en cierto modo de los nexos sociales, que en la complicada vida de la civilización en que todo se subordina a un fin colectivo más general y más elevado.

Por eso, cuando la vida embrionaria de las primeras comunidades humanas se traba en mayor número de relaciones, surge la necesidad de engranar la actividad de cada individuo en una actividad más amplia, conciliando los intereses en beneficio mutuo y sacrificando paulatinamente las ^{oposiciones} ~~distinciones~~ individuales en aras de las tendencias dominantes.

Síntesis del proceso consuetudinario

Pero ¿cómo se formó el primitivo coeficiente de actividades análogas? "Fijar el instante de tal nacimiento—dice el Sr. Dorado, refiriendo—"
(1) De la personnalité juridique. Paris, 1910. Pág. 609.

10)

riéndose al Derecho-como si se tratase de una creación ex-nihilo, parece difícil. Ni tampoco, quizás, acertado poner el problema de este modo. Es mejor, probablemente, considerarlo como un proceso incesante, como un verdadero continuun, en donde cabe señalar momentos varios, pero no hiatus o soluciones de continuidad"(1).

Es de suponer que los hombres ante hechos sencillos obraran de una manera parecida. Por otra parte, el proceso imitativo, señalado por Tarde, debió generalizar los hechos voluntarios-actos-hasta desarrollar actividades homogéneas. Seguramente se imitó al hombre que, descollando entre sus iguales, acertó a plasmar en un acto la difusa conciencia social, señalando una norma concreta, constituyéndose, como dice Costa, en órgano adventicio de la comunidad, poniéndose así a la cabeza de su pueblo y obrando conjuntamente como individuo y como género(2), idea que coin-

(1) Ob. y loc. cit.

(2) Ob. cit. "El proceso íntimo de formación del Derecho-dice Gier-

11)

cide con la expresada por Giner al considerar el acto individual como interpretativo del todo social, en virtud de un principio de representación(1).

Ante las mismas circunstancias, se desarrollaron, pues, las mismas actividades, que al repetirse y hacerse continuas formaron hábitos, cuyo conjunto constituye como el sello moral de una colectividad y es el embrión de su organismo jurídico.

En esa ley de homología de cada hecho con los demás de una serie, que expresa el elemento permanente y común de un plan uniforme, encuentra Costa la regla consuetudinaria(2).

Toda costumbre consta, por lo tanto, de dos elementos: 1º la ~~he-se~~ ~~pro~~duce desigualmente en muchos aspectos; ya se engendra en el alma de todos los miembros de una sociedad, o de una parte, o quizás solamente en la de un individuo representante de ella; ya puede tener por base un sentimiento oscuro o la reflexión consciente; ya es conducido por un movimiento de voluntad más fuerte o más débil" (Cit. por D.F.C. de Diego. Discurso de recep. citado).

(1) F. Giner y A. Calderón. - Resumen de Filosofía del Derecho. Madrid, 1898. Pág. 184.

(2) Ob. cit. cap. IV.

monía entre un estado de conciencia y su exteriorización práctica. ~~El~~ ^{El} elemento reflexivo inicial—2º la habitualidad, que, mediante la repetición, incorpora un grupo de hombres a una práctica uniforme de vida.

La costumbre implica reflexión en los ~~continuidadores~~ iniciadores, no en los continuadores. El Derecho es reflexivo en su origen; una vez que se incorpora a un núcleo social se convierte en hábito. Lo consciente pasa a lo inconsciente(1). Se practican normas de vida de un modo espontáneo, heredado, inconsciente, irreflexivo. La tradición trasmite las costumbres, aunque las enlaza, como más adelante veremos, en un proceso de continuidad que impulsa la vida misma y la acción de los selectos. El Derecho es idea en los que elaboran primeramente la norma; es sentimiento en los que la perpetúan; es hábito en los miembros de las generaciones siguientes que la re-

(1) Le Bon.-Psicología de la Educación. Trad. de Muñoz Escámez. Madrid, 1906. Pág. 226.

ciben por herencia. Nuevas fluctuaciones de la vida se reflejan en el Derecho, mediante el proceso en el cual se combina la comprensión de algunos con el ansia indefinida de todos. "En las élites—dice Tanon—es donde se elaboran las ideas que forman la vida intelectual y moral de las sociedades. Estas ideas se extienden enseguida, según su naturaleza, más o menos profundamente en la masa; pero no todas las penetran. La conciencia común, que inspira y dirige la vida social, está, sin embargo, formada por el manojito de estas fuerzas"(1).

De lo dicho se deduce que el origen del Derecho positivo, hay que buscarlo en la misma vida social. En la sucesión de los acontecimientos, el Derecho se impregna de unas u otras notas predominantes en los grupos sociales, y habríamos de estudiar el derecho de cada uno de ellos para poder presentar un cuadro completo de su desarrollo. Sin compartir la afirmación de Schaffle que en-

(1) L'évolution du droit et la conscience sociale. 2e. édition. Paris, 1905. Pág. 72.

14)

cuentra el elemento inmutable del Derecho en "su necesaria conformidad con las condiciones de que a la sazón pende la vida social"(1), puede asegurarse que sin un estudio paralelo de los estados sociales y de las expresiones jurídicas, no es posible desentrañar la naturaleza del Derecho positivo.

Fácilmente se comprende, después de lo dicho, que la generalización de los hechos lleva consigo la extensión del Derecho. El Derecho no solo tiende a abarcar a todos los hombres sino que aspira también a caracterizar el mayor número de hechos. Primeramente agrupa a los que practican actos análogos, y hace correlativas sus actividades encaminándolas hacia un fin común; después coordina las funciones diversas que trae consigo un grado más avanzado en el desarrollo social.

El principio de la división del trabajo es un principio de cooperación, que exige la simultaneidad de esfuerzos distintos

(1) Citado por Giner.-Teoría de la Persona social (Ests. y frag.)

15)

pero coherentes. La visión sintética del fin general a que tienen la muestra el Derecho, que protege cada actividad y la engrana en un mecanismo más amplio. Ahora se presenta ya el Derecho como un orden de garantías de una comunidad social.

Elaboración familiar y religiosa del Derecho

Pero toda función protectora precisa una organización de medios para hacerla efectiva. Los hombres, desde que nacen, se sienten amparados por una institución que depura sus esfuerzos y los hace permanentes. Todo desarrollo, toda transmisión, todo acrecentamiento, es una continuidad. "Felizmente ha escrito Fustel de Coulanges - el pasado no muere del todo para el hombre, el cual puede olvidarlo, pero lo guarda en sí mismo, porque tal y como es en cada época, siempre resulta ser el producto y resumen de todas las anteriores" (1). Ese principio de fijeza supone la existencia de un núcleo social que se perpetúa: la familia.

(1) La ciudad antigua. - Trad. de la 5ª edic. francesa por D. Pedro de Santiago. Madrid, 1876.

En los orígenes⁸ del Derecho, ninguna otra institución existía capaz de elaborar, conservar y transmitir una norma. La comunidad y la familia eran una misma cosa, como lo eran también el Derecho privado y el público. Como dice Ahrens; "...si la familia, primer vínculo social, une en sí inmediatamente todos los fines de la vida y es fuente de todas las ulteriores formaciones sociales, toma el Derecho su origen histórico en ella; el primer derecho es el de familia"(1). La familia lima y perfecciona el derecho de la personalidad, que surge en los primeros tiempos, según queda dicho, de un modo espontáneo y como un poder subjetivo más que como una norma de vida social. El sentido de la individualidad debió necesariamente de templarse en el de la solidaridad. Una noción embrionaria de interdependencia, una noción social de finalidad y un principio autoritario son los elementos que la familia elaboró y que sirvieron de base a la vida jurídica. Los lazos de sangre no fueron sino

(1) Enciclopedia jurídica. Trad. de los Sres. Giner, Azcárate y Linares Madrid, 1878. Pág. 221.

17)

el motivo fisiológico en que se fundó una amplia vida moral. Entre los animales llega un momento-cuando las crías pueden valerse por sí mismas-en que el instinto egoísta de los padres se opone a la perpetuación de la asistencia a la prole; en ellos solo existe la vida fisiológica. En el grupo familiar humano, la racionalidad perpetúa una cooperación íntima. Lo que caracteriza al vínculo familiar es su permanencia a través de las generaciones, de tal modo que una idea moral resplandece con caracteres vivísimos en el tiempo. Esa idea moral es el culto familiar.

En la infancia de la humanidad, aparecen dos principios caracterizando la vida social; el culto a los muertos y el respeto a los ancianos. Son, respectivamente, el símbolo de la eternidad y el símbolo del tiempo. Se enlazan como se enlaza la religión con la moral, y encierran el secreto de la unidad familiar y de la continuidad social.

La humanidad en sus orígenes se caracteriza intelectual--

mente, como advierte Carle, por una extraordinaria memoria unida a una imaginación fogosa(1) De ahí, el respeto a los antepasados, la veneración a las costumbres y el simbolismo del antiguo derecho. En ninguna época como en la primitiva, en que los hombres daban los primeros pasos vacilantes a través de una naturaleza misteriosa, faltos de toda experiencia, huérfanos de toda idea adquirida y contrastada, debieron experimentar el sentimiento de su propia impotencia. La desconfianza en las propias fuerzas, fué causa de tener que referir a algo permanente e inmutable el Derecho. "Todos los observadores fehacientes-dice Summer Maine-que han estudiado la condición primitiva de la humanidad saben bien que, en la infancia del género humano, los hombres no concebían una acción constante o periódica sin la existencia de una personalidad a quién referir la acción(2). De ahí la idea de divinidad que, en la formación del Dere-

(1) La vida del Derecho. Versión castellana de los Sres. Giner (D. Hermenegildo) y Florez Llamas. Tomo 11. Libro 11. Cap. 3º.-

(2) El Antiguo Derecho (Ancien law). Trad. de la Bib. jurídica de Autore contemporáneos. Pág. 15.-

cho, se une a la idea familiar del culto a los muertos.

Así, la familia es el elemento orgánico, continuo, que elabora el Derecho primitivo, lo custodia y lo vivifica con la idea religiosa. Los primeros hechos individuales tienen una consagración familiar.

La familia es el cauce de todas las experiencias sociales. El individuo encuentra tras de sí una larga cadena de precedentes, el prestigio de los antepasados, la sugestión de la ancianidad, la unánime observancia de prácticas largo tiempo acreditadas. En el derecho de la personalidad, influye ese pasado, y surge una nueva forma en el Derecho positivo; la que nace, como dice Costa, "de la posición en que colocan a una persona circunstancias determinadas en su medio ambiente natural y social independientemente de su voluntad"(1). En la tradición vé el

(1) La vida del Derecho. Madrid, 1876. Parte 1.^a-13.

hombre no solo una acumulación de experiencias sino también la garantía de que su esfuerzo se transmitirá a las generaciones siguientes y de que su obra será recogida, venerada y acrecentada. Prefiere ser el eslabón de una cadena secular a ser el fuego fatuo que se disipa en el horizonte visible de su generación.

A partir de este momento, la idea de colectividad se impone con fuerza imponderable que dá por resultado-dice el Sr. Carrascosa-la desaparición de los individuos en el grupo, fuera del cual no hay vida posible, ni consideraciones, ni derechos; el mundo parece fraccionado en familias autónomas".(1).

En resumen; la tendencia jurídica, que nace de la consideración de la persona individual, se desarrolla en el grupo familiar y sigue el proceso de dilatación de los grupos sociales hasta llegar a construir la prodigiosa arquitectura de una civilización y a organizar los elementos de un Derecho humano.

(1) Primera fase de la evolución social y política. (La familia antigua; su carácter general). Tesis doctoral. Orense, 1901.

Ya nunca desaparece esa base social familiar. Los desenvolvimientos de la familia trazan los círculos cada vez más amplios de la vida colectiva, hasta el extremo de que como advierte Tarde: "Las corporaciones son familias parciales y artificiales, familias interfamiliares, que desenvuelven exclusivamente un aspecto especial de las familias de donde proceden; corporaciones religiosas, profesionales, militares"(1).

Esponáneamente puede desenvolverse el Derecho en ese grupo embrionario, pues en él las ideas de autoridad y de fuerza tienen un sentido moral fundado en el respeto a la religión.

Pero en la vida relacionada no pudo permanecer intangible el derecho de cada familia. Vinieron los casos dudosos, los rozamientos inevitables, la necesidad de ir elaborando una norma más amplia de vida a la que pudiera acogerse una sociedad más compleja.

(1) Les transformations du Pouvoir. 2e. edition. Paris, 1909. - Pág. 31

Este proceso va unido al de dilatación del grupo social de que nos ocuparemos luego. En la ~~ap~~preciación de aquellos casos dudosos se elabora un Derecho judicial. Surge-dice Summer Maine-la clase de los themistas-que recibían de Themis las Sentencias, de las cuales se derivaba la norma(1). Aparece también un órgano judicial encargado de aplicar la norma preexistente; el Consejo de Ancianos.

De acuerdo con las ideas de Summer Maine acerca de los themistas, dice Grote~~que~~ "la autoridad de la religión y la de la costumbre se confundían en una sola y única obligación". Y es que la idea religiosa constituye tal necesidad en todas las sociedades y reviste tal importancia que forma por sí misma hábitos que son trasunto de una objetividad superior.

(1) Ob.cit. Parte gral. De las palabras del citado escritor parece deducirse que el Derecho de los themistas era propiamente un derecho absolutamente legislativo, declarativo, más que judicial e interpretativo. Los themistas, sin embargo, no debieron surgir sino
(2) Cit. por H. Spencer. Principes de Sociologie. Trad. francesa de E. Cazalès. Paris, 1883. Tomo III. Pág. 691.

El Derecho en los grupos sociales compuestos: el principio jerárquico.

La familia, al dilatarse, amplió el círculo de las actividades. Surge el proceso de diferenciación social correlativamente al de integración jurídica. Al crecer los grupos sociales, el Derecho siguió el ritmo de la vida, pero a medida que la vida se hacía compleja y varia el Derecho se iba nutriendo de elementos que se trababan en una síntesis. En medio de las diversidades de ocupación y de ambiente, el Derecho iba extrayendo notas comunes de los grupos.

como superioridades sociales destacadas en la vida de relación, en la cual desde el primer momento se realizaron actos y se ejercitaron derechos. Las Sentencias representaban, probablemente, la consagración solemne de las costumbres y la iniciación de otras, porque la vida, la religión y el Derecho aparecían entonces en íntimo consorcio.

Al apartarse el Derecho de la tradición religiosa es cuando, según Summer Maine, aparecen las "oligarquías jurídicas", cuya pretensión consistía tan solo en monopolizar el conocimiento de las leyes y poseer exclusivamente los principios para resolver las diferencias particulares. Y de esta manera-agrega-llegamos al derecho consuetudinario, a un periodo en que las costumbres y los usos existen ya como un conjunto positivo, que se supone conocido

Así, por una parte, seguía el proceso de los hechos sociales; por otra parte, los enlazaba mediante la cooperación, proporcionándoles un cauce común.

La solidificación de los grupos, unidos para la defensa o por el interés, es obra del Derecho, que elabora normas comunes con elementos extraídos de la vida de cada componente. No juxtapone arbitrariamente, sino que da formas que hacen posible la colaboración social, cuando se han manifestado las afinidades colectivas.

Entonces, el Derecho, sin dejar de ser reflejo de cada comunidad, sin dejar de ser característico de cada grupo, es al mismo tiempo instrumento de sus destinos en la vida de relación(1).

precisamente por la casta aristocrática. Aquí aparece ya el Derecho como una norma obligatoria, elaborada por el mismo pueblo pero de cuya observancia no puede eximirse nadie una vez que ha recibido la consagración sacerdotal y ha servido para resolver las diferencias particulares.

(2) O como dice Nardi-Greco; El Derecho "está determinado en su existencia y en sus variaciones por algunos fenómenos sociales,

Para que el Derecho sea una fórmula sintética y un factor de armonía necesita expresar una serie de situaciones análogas ~~de~~ cada grupo. Así comienza su socialización. "Todo sujeto-escribe Del Vecchio-(y puede aplicarse al sujeto colectivo)-colabora de cierto modo, aunque sea en una mínima parte, en la producción del Derecho, llevando sus apreciaciones jurídicas a coincidir con las de los demás en el medio social. Lo que llamamos derecho positivo de un pueblo, es precisamente la expresión media de estas apreciaciones, su ecuación histórica siempre aproximada y, por lo tanto, siempre renovándose"(1). Y en otra de sus obras, El sentimiento jurídico, afirma que es de la conciencia singular "de la cual es menester precisamente arrancar para después descubrir las leyes de su constitución objetiva en factor histórico"(2).

y determina otros; reacciona sobre aquellos y sufre las variaciones de éstos". (Sociología jurídica. Trad. de Eduardo Ovejero. "La España Moderna". Prologo).

(1) El concepto del Derecho. Trad. castellana. Apéndice.

(2) El sentimiento jurídico. Trad. de la 2.ª ed. italiana por Mariano Castaño. Pub. por la "Rev. de Legislación y Jurisprudencia".

Pero todo agregado social necesita un principio unitivo, encargado de dirigir una vida progresivamente diferenciada y desenvuelta. Fuera del círculo familiar, las funciones sociales son más complejas y la unidad del grupo está representada por un Derecho propio, obra de la fusión de todos y simbolizada por una autoridad.

Nardi-Greco considera al jefe de la gens como "el producto espontáneo y simple de la tendencia general de localización de las funciones reguladoras que obra en todo el mundo social animal, sin intervención alguna de hechos jurídicos ni políticos" (1). La formación de la autoridad en los grupos interfamiliares es un caso en que la función crea el órgano. Si el jefe es un producto espontáneo, no es menos cierto que obra él también sobre el Derecho, encauzándolo hacia un fin.

El principio jerárquico se hace más sensible a medida que la división del trabajo se acentúa. Dentro de una misma comunidad,

(1) Ob. cit. Pág. 106. - Según Fustel de Coulanges, la gens no es un conjunto de familias, sino la familia dilatada.

surge entre sus miembros una gradación natural producida por las desigualdades de aptitudes al roce de las dificultades cada vez mayores que ofrece la vida. Pero, por otra parte, la espontaneidad social encuentra un nuevo cauce en la misma división del trabajo. La división de funciones determina en la esfera de cada ocupación una cierta autonomía en la cual se desarrolla cada trabajo en virtud de leyes propias. "Cabe afirmar-dicen los Sres. Giner y Calderón-que cada hombre, al consagrarse a un fin, realiza un acto que importa a la Sociedad entera, obra en nombre y función de ella, se constituye en su órgano y representante"(1). De este modo, la división del trabajo crea diversidades de acoplamiento más que de oposición.

Alrededor del concepto de propiedad cada vez más individualista, surgen las clases sociales como factores de lucha interna. "Cuando desaparece el clan-dice Vaccaro-no solo cesa el régimen

(1) Ob. cit. Pág. 100.

comunista, sino que se vé vivir fuera de la familia gentilicia a gran número de individuos aislados, a los cuales vienen a juntarse los expulsados, los condenados, etc.; así se forma, al cabo de algún tiempo, dos clases de personas antagónicas entre sí; la de los ricos y la de los pobres" (1). La aparición de las luchas económicas detiene, a diferencia de la división del trabajo, el proceso de integración jurídica. Pero como el fenómeno de las clases, a su vez, se hace general en cada uno de los grupos, resulta que se forman situaciones jurídicas ^{equivalentes en todos} ~~en cada uno de ellos~~, y surge borrosamente, por encima de las fronteras, el derecho de clase (más bien la aspiración a constituir un derecho de clase), al lado del derecho que se circunscribe en fronteras determinadas; el de la gens, el de la tribu o el de la ciudad.

=====

(1) Las Bases sociológicas del Derecho y del Estado. Trad. de Garriga. "La España Moderna" Cap. XII.

CAPITULO SEGUNDO

LA EVOLUCION JURIDICA EN LAS FORMACIONES SOCIALES

COMPLEJAS

La aparición del poder guerrero en las relaciones de violencia entre los grupos y la del fenómeno del cambio en las relaciones amistosas.

A pesar de las diferencias internas de cada grupo es preciso afirmar vigorosamente su unidad frente a las tendencias de dominación que nacen en los grupos vecinos. Todo conflicto, toda disensión interior puede resolverse en el seno de esa unidad en la que todos los miembros obedecen al mismo jefe, viven en el mismo ambiente, y en la que hasta los postergados participan de alguna manera de las ventajas de la comunidad. El propio derecho se afirma en el grupo ante la incursión de la tribu o del grupo rival. Se hace preciso entonces constituir un núcleo ^{autoritario} ~~en todo el grupo~~.

robusto, capaz de afianzar una homogeneidad social necesaria para hacer frente a las contingencias de la lucha. El Estado se perciba así con caracteres distintos de los de la sociedad. Y junto a la costumbre, con creación de vida espontánea, aparece la ley, que simboliza un poder de dominación (I).

Sin embargo, ante la necesidad de la defensa, la ley no se propone un fin distinto que la costumbre; una y otra amparan la vida social pero la primera la garantiza mejor en casos de urgencia, así como la segunda la expresa de un modo más perfecto en

circunstancias normales

(I) En realidad, la costumbre es la afirmación de un Poder= el Poder social-frente al Poder político del Estado. Cuando surge un poder legislativo como árbitro de toda la vida de un pueblo, pronto la autonomía familiar y la de las demás asociaciones desaparecen para confundirse en una esfera de uniformidad política. La legislación civil pierde su ~~autonomía~~ ^{autonomía}; la distinción entre el Derecho privado y el público no encuentra medios para prevalecer. Y ante el concepto de una soberanía unitaria queda sacrificada toda espontaneidad social.

(31)

El Poder del jefe militar es un poder delegado por el grupo, atento solo a los intereses de su conservación y de su defensa. Todo acento imperativo, toda ordenación rápida y ejecutiva del jefe expresan estos momentos un anhelo de la conciencia social.

El concepto de lucha social señala la transición entre la autoridad del Consejo de Ancianos y la del jefe militar, entre el régimen consuetudinario y el régimen mixto de costumbre y de ley.

Otras veces la relación entre los grupos sería pacífica, verificándose la aproximación por medio del cambio, fenómeno fundamental de la asociación, según Novicow.

Los principios de crecimiento y de fuerza expresan, respectivamente, la lucha contra el ~~medio~~ y la lucha contra los semejantes (I).

(I) Mécanisme et limites de l'association humaine. Paris. 1912.
Cap. II

Pero en ocasiones surge la aproximación social en virtud del crecimiento mutuo de los grupos que llegan a componerse pacíficamente valiéndose del cambio. Donde este no existe, no hay relación ni vida social posible. La forma de actuarse una ~~posición~~ jurídica es el cambio en su aspecto ideal o material.

Y en tanto en las relaciones pacíficas como en las violentas, es de suponer que los influjos mutuos formaran en el transcurso del tiempo una norma nueva que reflejara paulatinamente, en los grados de su desarrollo el proceso de unificación interna en los grupos. "Una cierta costumbre, una ley determinada, una institución especial" dice Groppali "no vive solamente de una vida propia, sino además de la vida de todos aquellos que han participado su formación. A la evolución de estas costumbres, de estas leyes, de estas instituciones corresponde una evolución paralela también de estados de alma donde se reflejan como en cristales brillantes." (1).

Aparece una norma que tiende a unificar prácticas y a fijar deberes, lo cual no es necesario en sociedades pequeñas como la familia, en la que "como son tan pocos los individuos que la forman--dice el Señor Dorado--la solidaridad y la cooperación entre los mismos, son productos, por decirlo así, espontáneos; y aunque no hubiese leyes que marcaran las obligaciones recíprocas de marido y mujer, padres e hijos, tales obligaciones no dejarían de cumplirse en la mayoría de los casos" (1).

En la relación de violencia que sobreviene entre los grupos se interrumpe, momentáneamente al menos, la espontánea elaboración del Derecho. El grupo vencido sufre la imposición de un Poder extraño y tiene que girar en la órbita del vencedor. El choque de los dos ~~g~~ grupos se ha resuelto en la absorción de uno por otro, pero mientras el Derecho subyugado aliente palpitará la rebeldía y se hará imposi-

de la critique moderne. Ann. de l'Institut Internationale de Sociologie. T. IX. Paris, 1903.
 (1) Ob. cit. Cap. VII.

ble la convivencia. Unicamente la trabazon de la vida a lo largo del tiempo, las costumbres analogas, el cruzamiento de vencedores y vencidos y el mutuo influjo de las instituciones de unos y de otros lograran resolver en unidad interna este proceso de diversidad. Spencer nos muestra la existencia de una cooperacion social que arranca de la guerra, la cual hace posible "la consolidacion y reconsolidacion de los pequenos grupos en un grupo mas grande" "la organizacion de grupos compuestos y doblemente compuestos" "El desenvolvimiento concomitante de los factores de una existencia más larga y más elevada que produjo la civilizacion"(1)

Asi evoluciona la vida social, y, en relacion con ella, el Derecho. La comunidad una vez acrecentada siguió elaborando su vi-

(1) Ob. Cit. Vease Novicow. Critique du darwinisme social. Ann. De l'Institut. International de Sociologie. T. XI Paris 1907

da jurídica con un carácter mas social, mas amplio. Solo en este sentido puede decirse, con Carlo, que la unidad social de los pueblos de origen ario, no fue ni el individuo, ni la familia, ni tampoco el estado, tal como nosotros los comprendemos; sino un grupo especial, cuyos restos se encuentran tambien en el pueblo semita que podria llamarse grupo patriarcal". Las tribus fundidas constituian la Comunidad del pueblo, en la cual no existen leyes sino "ciertas reglas tradicionales que se custodian y se transmiten de generacion en generacion, auxiliándose casi siempre del ritmo y del verso". A la formacion de estas reglas concurren todas las clases; el Cabeza, los Ancianos, con sus decisiones y juicios arbitales y la multitud con sus costumbres instintivas," todos los cuales elementos entrelazados con variedad unos con otros, acababan por formar una misteriosa y arcana tradicion, aun para los mismos que contibuyeron a darle origen." (I). No es posible separar

en esa tradición la parte de cada elemento del pueblo; la forman todos sus miembros: es el alma popular volcada en el tiempo.

En unos u otros grupos sociales, hubo necesariamente de ser distinto el proceso de formación según la mayor o menor intervención de la fuerza y la asimilación más o menos completa. Pero es indudable que pasado el período de conquista existe una inconsciente colaboración de todos los elementos sociales; el de los conquistadores y el de los conquistados. Nunca se aparta del Derecho definitivamente el factor consuetudinario, aun cuando padezca eclipses y se manifieste con intermitencias. Derecho que se petrifica o Derecho que se impone por la fuerza y no se asimila es siempre indicio de una regresión social.

Estas indicaciones nos llevan a desarrollar brevemente el concepto evolutivo jurídico.

Concepto de la evolución jurídica.

Del mismo modo que, en los orígenes, la vida social y el Derecho

se confunden, la evolución jurídica arranca de la entraña misma de los grupos humanos. Kowalewski dice que el Derecho no evoluciona por sí mismo, sino a compás del grado de solidaridad alcanzado por los pueblos, variando a medida que se ensanchan las bases de esta solidaridad. "Este hecho-agrega-solo provoca la necesidad de nuevas relaciones jurídicas entre los individuos que sobrepujan la línea común; mas tarde, estas mismas necesidades, gracias a la fuerza de la evolución, penetran en la conciencia jurídica de las masas y determinan un cambio en la costumbre y en la ley". La verdad es que el Derecho no adquiere solo una existencia propia en manos de los juristas, constituyendo lo que denomina Savigny el elemento técnico jurídico, sino que se personaliza como un modelo de vida social "entre los individuos que sobrepujan la línea común" y que imprimen después un nuevo impulso a su pueblo o a su grupo (1).

(1) *Le problème du droit comparé. Ses méthodes.* - Ann. de l'Inst. International de Sociologie. T. VI. Paris, 1900.

38)

No hay que rechazar, tratándose de la evolución, lo que el citado sociólogo denomina "impulsiones venidas de fuera". Evolucionar es desarrollar un principio rítmico de vida. Pero ese principio no es algo aislado, sin conexión con el medio ni las circunstancias exteriores. Cuando yo desarrollo externamente mi propia energía vital, manifiesto mi actividad inmanente en una esfera de trascendencia, pero la actividad interna del yo ha recibido, a su vez, del ambiente que lo rodea, elementos indispensables para su vida, los cuales la conciencia—si son de orden inmaterial—o el aparato de nutrición—si son de orden fisiológico—ha ido acumulando por un proceso de asimilación a la unidad preexistente e indivisa de mi persona, que recibe así impulsos renovadores para que sus ^{manifestaciones} ~~energías~~ no se agoten, como los recibe la planta del ambiente, aunque no está ciertamente en el ambiente su principio de vida, que es de orden intrínseco. Lo externo y lo interno son por eso elementos de evolución, siempre que lo externo aparezca—según una ley de proporción y un sentido

de medida-incorporado a lo interno(1), Sales y Farré dice que las condiciones de la evolución dependen del medio externo, del medio interno y de la tradición o herencia(2). El centro de asimilación es siempre el medio interno, que luego desdobra al exterior sus actividades.

Con arreglo a estos principios, podemos ya decir que la misión del Derecho en el ciclo social, consiste en verificar una reducción orgánica de los principios sociales para conciliarlos en una síntesis que irradie nuevamente a la vida con una fuerza de expansión inteligente.

(1) Fijémonos, por vía de analogía, en lo que es la asimilación en el orden intelectual. No consiste en acumular, sin enlace alguno, multitud de conocimientos, sino en catalogarlos en una disciplina que se constituya en núcleo de un tesis central. La inteligencia no es un almacén, sino un laboratorio. -Y del mismo modo que a veces, bajo el influjo de una lectura o de una reflexión, se rectifican las ideas sin que sufra por eso una solución de continuidad la vida intelectual, así también se modifica un Derecho o se abandona una tradición sin que se quebrante la trama de la nativa originalidad del pensamiento jurídico de un pueblo.

(2) Estudios de Sociología. Evolución social y política. Primera Parte. Madrid, 1889. -Pág. 4.

Y es así como el Derecho, según queda dicho, aparece como síntesis o como impulso de la vida, sobreviniendo la acción recíproca de la vida sobre el Derecho y del Derecho sobre la vida. Ni el Derecho se estaciona cuando la vida social se detiene, ni la vida social se ajusta a las prescripciones de un derecho arcaico y quietista, sino que sirviéndose mutuamente de impulsión, de acci- cate y de correctivo, asimilan todos los influjos que renuevan constantemente la esncia de los seres.

"¿Cual es el Derecho que espontáneamente, sin influencias exteriores o accidentales provenientes de la imitación de otros derechos extraños o de innovaciones suscitadas por genios originales, aún indígenas, llegaría a transformarse nunca?-se pregunta Tarde-El Derecho romano hubiera quedado perpetuamente derecho quiritarario, sin las guerras y anexiones que pusieron a Roma en comunicación fecunda o perturbadora con tantos pueblos extraños, forzando al Pretor a penetrarse de ideas exóticas, sugiriendo la idea del jus gentium, después la del jus natura y re-

41)

generando la antigua ley de las Doce Tablas en virtud de una serie tal de transfusiones de sangre"(1).

La evolución, además, depura, perfecciona y adapta. Sin que deje de evolucionar normalmente el Derecho, se explica el abandono de una tradición arraigada. Otras veces, la acción violenta del exterior es un estimulante que despierta energías; u obra también ese principio extraño injertándose en el tronco jurídico, pero participando de la savia que vitaliza ese tronco.

(1) "Una fuerza social cualquiera-añade, lengua, religión, Derecho, cuando se ha fijado, es decir, equilibrado decisivamente susceptible de una duración indefinida, si queda localizada y cerrada al abrigo de invasiones, por ejemplo en una isla apartada. Y aduce el caso de los guanches, bereberes de Canarias, que perpetuaron en el siglo XVI, en que fueron de nuevo descubiertos, "el estado social de los trogloditas de la piedra pulida" mientras que los bárbaros africanos, tan influídos por el desarrollo de las civilizaciones, "transformáronse por completo". De donde se infiere que un estado estacionario-no evolutivo-del Derecho y de la vida social está producido por la falta de influencias de la vida y del Derecho de otros pueblos. La ley del desarrollo supone la asimilación de principios exteriores.

De ahí que todas las transformaciones jurídicas requieran "un centro de elaboración, de energía, vivo, en suma-en frases de Posada-Y ese centro devuelve al exterior" en manifestaciones personales, todos los influjos que sobre él se ejercen"(1). El espíritu del pueblo, estudiado por la escuela histórica, o el alma colectiva, de que hablan los sociólogos modernos, es el ~~res~~ fundente de todas esas influencias.

Los mismos obstáculos que encuentra la evolución desarrollan actividades que impulsan el progreso. El progreso, sin oposición, sería simplemente-advirta Ward- movimiento de traslación y no produciría nada(2).

La prosperidad de un pueblo-ha dicho Ihering-se compone de una sucesión ininterrumpida de elementos extraños. Su lengua, sus artes, sus costumbres, toda su civilización, en una palabra su in-

(1) Nota del Sr. Posada a la trad. castellana de "Las transformaciones del Derecho" de Tarde. Pág. 261.

(2) La Sociologie des partis politiques. Ann. de l'Inst. Internationale de Sociologie. París,

dividualidad o su nacionalidad, es, como el organismo físico e intelectual del individuo, el producto de numerosas acciones ejercidas por el mundo exterior...."(1). Lo que llamamos espontáneo es solo una particular adaptación de precedentes. Todo es acumulativo, y la generación espontánea, en su más amplio sentido, es tan absurda en el orden jurídico como en el biológico. "Hasta nuestra originalidad misma - escribe Tarde - está formada por vulgaridades acumuladas y llegará a ser vulgar a su vez"(2). El Derecho que produce, que vive cada pueblo, expresa un cúmulo de modalidades espirituales que no excluyen, sino que requieren, la influencia de elementos exteriores.

Puede admitirse la idea de una evolución acelerada, siempre que no perturbe las condiciones de la vida social. Del

(1) L'Esprit du droit romain. Trad. francesa de O. de Meulenaere. Paris, 1877-78. - Tomo I. - Página 8.

(2) Las leyes sociales. Trad. castellana de Núñez de Prado. Bib. de Sociología. Barcelona. - Pág. 28.

mismo modo que en el organismo humano pueden adelantarse los efectos deseados, mediante el empleo de reactivos, es posible en las sociedades encontrar medios que aceleren el movimiento germinativo de las fuerzas de evolución. Cabe, además, derivar, como en el curso de los ríos, los movimientos sociales por rumbos escogidos previamente mediante un trazado de cauces jurídicos. Este es papel que incumbe a la previsión del legislador. Lo esencial es que la corriente vital ni se desperdicie ni se contenga arbitrariamente.

Por eso la evolución no es algo fatal en sus fines, ni tan acompasada en sus movimientos que impida o esterilice toda intervención extraña. Tanon fija en la concordancia de la evolución con el movimiento general civilizador el criterio para diferenciar los productos normales de la evolución de los fenómenos contrarios que interrumpen su marcha(1). Y, al mismo tiempo,

(1) Ob. cit. Pág. 92.

45)

la civilización es obra de influjos diversos, variables, y no una manifestación necesaria del Todo, como sostienen las teorías cosmogónicas del panteísmo jurídico. La norma fundamental para diferenciar la verdadera asimilación jurídica-consecuencia del influjo externo que obra sobre cada Derecho de la asimilación imperfecta-consecuencia de un influjo exterior que, en vez de enriquecer el contenido jurídico de un pueblo, lo desnaturaliza y absorbe-está en las palabras de Picard: "Los pueblos no se asimilan más que el Derecho que hubiese podido emanar de ellos mismos" (1).

La evolución no es causa sino condición del Derecho positivo. Hay que atenerse a la distinción que hace Bergson entre las circunstancias exteriores con que la evolución debe contar y las mismas circunstancias como causas directrices de la evolución (2).

(1) El Derecho puro. Trad. de Serrano Jover, Madrid, 1911. Pág. 285.

(2) L'évolution créatrice. Paris, 1907. Pág. 111.-

El elemento imprescindible de la evolución es la continuidad. Como ha dicho A.Comte, las variaciones del orden universal se limitan siempre a la intensidad de los fenómenos, sin afectar jamás a su sucesión(1). Esto explica el proceso de las aceleraciones y de las repercusiones de los fenómenos sociales, que acaban al fin por unirse en una síntesis de colaboración.

La unidad social por el Derecho.

En el proceso evolutivo social, la indeterminación, la oposición, la cooperación, son los tres grados que atraviesan los grupos. Vemos así que la familia, que constituye una unidad tan perfecta que es como la síntesis de la humanidad, se considera al principio en completa posesión de una integridad de vida social. Cuando la dilatación de los vínculos familiares, desgaja ramas del tronco común, y se constituyen así numerosos grupos independien-

(1) *Système de Politique positive*. París, 1851-54. - Tomo III. Pág. 72.

tes, o cuando grupos lejanos importan nuevas costumbres, existen variedades de vida que el Derecho va lentamente reduciendo a unidad. Solo mediante formas jurídicas se pasa de la oposición a la solidaridad, porque el Derecho es la garantía de las actividades espontáneas de cada componente. En el tránsito de lo simple a lo complejo de la homogeneidad indeterminada e incoherente a la heterogeneidad determinada y coherente, según la ley spenceriana el Derecho es salvaguardia de todos los intereses.

"La actividad social-dice el Sr. Rivera y Pastor-se muestra desde su origen como un movimiento local en el espacio, que tiende a ensanchar su círculo de acción, y como un movimiento ascendente que tiende a intensificarla y hacerla duradera en el tiempo"(1). La familia primitiva, la gens, la curia o la fratria, la tribu, la ciudad, el feudo, la nación han sido solo formas que, conte-

~~2000~~

(1) Lógica de la libertad (Principios de la doctrina del Derecho. IX.

niendo las sustancias sociales, han servido de conductos a grandes analogías integradoras.

Los injertos laboriosos, las aclimataciones difíciles, las imposiciones que, de no ser rechazadas, exigen una penosa asimilación, han sido viables, y hasta convenientes para los intereses del progreso social, cuando una fuerte influencia consuetudinaria y nativa ha reducido a síntesis los elementos incorporados. ^{Pero} Cuando la afluencia de las novedades recibidas por moda aquí o allá pasa de cierto grado—dice Tardieu—, siempre muy bajo, la dificultad de clasificarlas y de colocarlas lógicamente en el sistema de las nociones o de las instituciones desde largo tiempo ~~adquiridas~~ ya conocidas, produce una crisis, una enfermedad de la legislación o de la lengua; y es preciso que la una o la otra perezca o que expulse violentamente la mayor parte de sus alimentos indigestos, demasiado precipitadamen-

te ingeridos"(1).

En la infancia de los grupos sociales, aún las influencias más violentas debieron dejarse sentir con verdadera eficacia. Es que la vida no había llegado a adoptar una organización definitiva. A los primeros grupos compuestos-en los simples la fuerza apenas tendría manifestaciones-es aplicable el símil del Sr. Dorado Montero: "Los agricultores, v.g.-escribe-suelen ligar las plantas y los árboles de mil maneras, impidiéndoles desarrollarse espontáneamente y coartando, por lo tanto, su libertad. Pero las plantas y los árboles se van doblegando insensiblemente al nuevo estado, se van habituando al mismo y se conaturalizan con él, hasta el punto de que, pasado algún tiempo, se puede romper las ligaduras, sin temor a que desaparezca el

)))
(1) Ob.cit.-La conservación del Derecho depende de su carácter consuetudinario que excluye la posibilidad de toda intermitencia en el proceso de sus manifestaciones activas. Savigny atribuye la perpetuación del Derecho romano a la circunstancia de que nació y se formó impulsado por las necesidades de un pueblo de ~~nació~~ larga vida.

resultado que con ellas se perseguía. La unión, pues, en sus comienzos forzada, se ha llegado a consolidar con el tiempo, y lo que en un principio fué actividad cohibida, impuesta violentamente, desde fuera, se ha convertido ahora ya en actividad libre, exenta de toda traba, determinada por la propia naturaleza del árbol o planta, por su especial (nueva) manera de ser" (1).

Esa especie de ortopedia jurídica tiene, sin embargo, un alcance limitado. Los jugos vitales permanecerán idénticos, y, para influir en ellos habrá que practicar—dice Costa en "La vida del Derecho"—"más bien que una hipóstasis imposible, una transubstanciación, o mejor, un despertamiento de las esencias virtuales que residen al interior y aguardan ocasión para manifestarse" (2). Y así como dos razas no se funden hasta que los caracteres diferenciales de una y otra se han perdido en la originalidad de un tipo nuevo, que sustancialmente las condensa, así las socie-

(1) Ob. cit. Cap. V.

51)

dades no se componen mientras la cohesión interna que expresa el Derecho en sus manifestaciones consuetudinarias^{no} ha integrado un tipo social homogéneo que expresa una vida común.

Dinamismo de la costumbre.

Para conciliar la evolución y la costumbre-medio y origen del progreso, respectivamente-hay que tener en cuenta que la costumbre no es una cristalización sino una corriente. Las costumbres de un pueblo pueden en la actualidad ser distintas y hasta opuestas a las costumbres ~~de~~ ese mismo pueblo observadas siglos atrás. Es posible, no obstante, que su vida se haya regido siempre por un régimen consuetudinario, en que cabe señalar etapas de desarrollo progresivamente diferenciadas pero que arrancan de un solo origen. Esos son pueblos que evolucionan, se transforman, progresan, pero no cambian(1).

La costumbre es elemento de progreso jurídico siempre que no degenera en rutina. Pudiera darse el caso de que lo que en un

(1) "Cambiar es abandonar una fórmula de pensamiento o de creen-

principio fué expresión de vida, se convirtiera andando el tiempo en factor retardatriz. La costumbre sería entonces mero hábito de la masa, sin la reflexiva renovación que laboran los selectos. Chocaría, por otra parte, con los influjos vitales de otros núcleos humanos. Sería rémora peligrosa en choque constante con las tendencias impuestas por el movimiento general de la civilización. Dejaría de representar la colaboración de todas las fuerzas de un pueblo para elevar su propia personalidad.

Para juzgar la evolución de un pueblo es preciso estudiar el desarrollo de sus costumbres. Con razón se ha dicho que el Derecho, como la lengua, reflejan la vida entera. Por las voces con que designe los objetos un idioma en cierto grado de formación,

¶1) para adoptar otra opuesta; progresar es conservar las verdades adquiridas y, apoyándose en ellas como en puntos fijos, lanzarse al descubrimiento de nuevas verdades" (Minguijón. Historia del Derecho español. Zaragoza. Cuaderno I. Pág. 49). Conocida es la fórmula de Comte acerca del progreso: Conservar; conservando, innovar; innovando, acrecentar.

vendremos en conocimiento de la existencia de esos mismos objetos--
 en el grado de civilización correspondiente al desenvolvimiento lin-
 güístico. Del mismo modo, por las instituciones jurídicas-especial-
 mente por las costumbres--conoceremos todas las prácticas de vida
 social, cuyo conjunto no es otra cosa que la historia de un pue-
 blo. El Derecho, como ha dicho Roguin, no tiene objeto propio que
 estudiar, porque es un desenvolvimiento de todas las relaciones//
 sociales posibles, un carácter susceptible de afectarlaa a todas
 sin excepción(1).

La costumbre, para no perder su carácter continuo, necesita una
 entrega de generación a generación, entrega que se verifica mediante
 la tradición(2).

(1) La règle de Droit. Lausanne, 1899. Pág. 112-

(2) La tradición--dice el Sr. Vazquez de Mella--no significa ni siquie-
 ra etimológicamente estacionamiento. Toda tradición no es más que un
 progreso que comienza, así como todo progreso es solo una tradición
 que se continúa. Por eso la tradición es el alma de un pueblo. "Así
 los mitos, las leyendas, los cuentos, los romances, etc.--dice el Sr. Az-
 cárate--pueden consignar hechos tradicionales, inciertos o alterados,
 pero revelan evidentemente ideas y sentimientos dominantes en el
 modo de su producción. (Azcárate. Ensayo de una introducción al estu-

La unidad de un pueblo como un todo sucesivo, el enlace entre todas las manifestaciones de su vida histórica es inseparable de la tradición, verdadero cauce de la costumbre. Chesterton ha podido decir que "la tradición no es mas que la democracia proyectada en el tiempo" (1). La tradición es el elemento de continuidad de la costumbre, y la costumbre no es sino la vida de una sociedad. Cuando faltan esos elementos-a la vez de fijeza, de asimilación y de continuidad-se produce un desgarramiento social, semejante a lo

dio de la legislación comparada. Madrid, 1874. Pág. 44).

(1) Ortodoxia. Trad. de Alfonso Reyes. Madrid, 1917. Página 88-Las obras de Costa son rica cantera, de la que pueden extraerse materiales abundantísimos para un estudio de las relaciones entre la sociedad y la costumbre. En esquema pueden presentarse así las ideas referentes a estas cuestiones, que él desarrolla en sus obras; Existe un solo soberano en el orden positivo, que es el pueblo. Cuando éste desarrolla por sí mismo su actividad jurídica, crea la costumbre; si delega su poder de ordenación, surge la ley; pero en el fondo existe identidad entre costumbre y ley. Niega la soberanía en su conjunto quién la niega en alguna de sus manifestaciones. Por eso es incompatible la democracia en el terreno político con la unificación en el orden civil. Si en tiempos del absolutismo, se iba por el camino de la costumbre al reconocimiento de la soberanía del pueblo, en tiempos de la libertad hay que ir al reconocimiento de la costumbre por el camino de la soberanía popular. En

que se produce en el tejido humano cuando su propia continuidad se interrumpe. Es necesaria entonces una lenta cicatrización que le restituya los elementos vitales. De ahí la necesidad de encontrar en la reanudación de las costumbres y de las tradiciones la fuente de energía continua.

Aparición del Estado como órgano de integración civilizadora.

La tradición y la costumbre tienden siempre a formar una institución. Productos orgánicos de un pueblo, necesitan acumular energías en centros de vida funcional diferenciada, aunque en el organismo social, como en el físico, la vida-corriente, la vida--

el Municipio-que parece salido directamente de las manos de Dios, según Tocqueville, y del cual se ha dicho también que es la Universidad y el gimnasio del civismo-se condensa la libertad social. El Municipio y la aldea-a la que Aristóteles consideraba como colonia natural de la familia-tienen un alma en la que obran energías potentísimas que no dimanan del Estado. (V. Costa. "El problema de la ignorancia del Derecho"; "La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses"; "Materiales para el estudio del Derecho Municipal consuetudinario de España", en colaboración con los Sres. Pedregal, Serrano y G. de Linares; "Derecho consuetudinario y Economía popular de España" T. I.

principio, no esté localizada ni sea susceptible de localización(1)

La estructuración general de una Sociedad está representada por sus organismos. La palabra Estado-de tan varia acepción en la Ciencia política-ha expresado aveces el conjunto de actividades de esos organismos.

considerado como

Algunos tratadistas le han ~~considerado como~~ la organización progresiva de la dominación(Gumplowicz), como un principio que nos fuerza a realizar lo que con la necesaria inteligencia de las cosas cumpliríamos espontáneamente(Ihering), como una categoría histórica que diferencia gobernantes y gobernados y que está llamada a desaparecer en un grado más fecundo, más elevado de organización social(Dorado, Duguít, los anarquistas). Pero lo interesante para nuestro estudio es que el Estado, con todos sus caracteres de absorción y todos sus atributos de fuerza, no es en sí

(1) Los hombres crean la institución mediante el enlace de sus actividades. Pero, una vez creada, transforma las mismas actividades individuales. "En fin, en una institución, o alrededor de ella-dice Hauriou-se desenvuelven sentimientos morales, principios de con-

mismo, necesariamente, -aún cuando puedan señalarse muchas manifestaciones contrarias diversas-un principio opuesto a la natural florecencia de la actividad social, sino más bien un conducto institucional y jurídico para expresarla y ampliarla.

"Después de los conflictos y antagonismos primarios", llega un momento en que las mismas transformaciones del Estado se acoplan a las transformaciones sociales y pasan, como dice Ward, "por las fases sucesivas de sumisión, aquiescencia, compromiso, filiación y cooperación" para llegar "a la coordinación completa y a la unificación, tal como se manifiesta en las nacionalidades modernas por los franceses, los ingleses y los alemanes" (1). Y así el Estado se

ducta que no son ni puramente racionales; pero que están inspirados por cierto ideal de conveniencias, especialmente por un ideal de justicia" (Principes de Droit public. Pág. 133). Aunque por el sentido de las frases que siguen más bien parece referirse Hauriou a las instituciones legales que entran en las costumbres, y nosotros nos referimos a las que forman la costumbre misma. El mayor beneficio que reporta la institución es el de dar fijeza a las expresiones colectivas. "Solo la institución duradera hasta el infinito ha dicho Ch. Maurras-perpetúa lo mejor de nosotros" (L'avenir de l'intelligence. 6e. edition. Pág. 16).

(1) Citado por el Sr. Canalejas. Discurso inaugural del Curso de 1904-1905 en la R. Acad. de Jurisprudencia.

nos muestra como un órgano de asimilación jurídica y un factor que unifica el desenvolvimiento de aquellos tres principios a que alude Schaffle, considerándolos inflexiblemente unidos al desenvolvimiento de las reglas jurídicas; "el perfeccionamiento, la división del trabajo y la cooperación"(1).

Por eso no es de extrañar que el fundador de la Escuela histórica, lejos de ver en el Estado una necesidad impuesta por la existencia de la injusticia, observe que el Estado no puede establecerse sobre una negación, y que precisamente cuando todas las voluntades se movieran a impulsos de la justicia "es cuando el Estado brillaría con nuevo esplendor, nobleza y poder"(2).

Esas funciones de asimilación las realiza sobre todo el Estado cuando surgen las grandes corrientes universales, impulsadas por

(1) Cit. por el Sr. Giner. Ob. cit.

(2) Sistema del Derecho romano actual. Trad. de los Sres. Mesía y Poley. T. I. Libro II/Cáp. 1º

59).

un hecho uniforme. El Estado sirve entonces de mediador entre la vida social y la influencia externa, la cual transforma y adapta a las condiciones del medio. Y esos grandes movimientos se matizan en cada pueblo de especiales caracteres.

Cuando habla Savigny de un "espíritu general" de la humanidad que coexiste con el "espíritu particular" de cada pueblo, no hace sino afirmar que el Derecho que elabora todo miembro social no significa el aislamiento en una hosquedad sombría, sino el modo especial de cooperar al cumplimiento de los destinos humanos. Vico había fijado ya su atención en esta idea del desenvolvimiento gradual y simultáneo de los pueblos para cooperar al orden divino(1). Y es precisamente por el aumento de vitalidades individuales como se aumentaría con nuevas fuerzas las del conjunto(2).

(1) Principes de philosophie de l'histoire. Traduits de la Scienza Nuova por Jules Michelet, Bruxelles, 1839.

(2) Savigny.-De la vocación de nuestro siglo para la legislación

Así es como llegan a fundirse en un crisol civilizador las tres grandes corrientes generales de la Edad Media-cristianismo, germanismo y romanismo.-La vida jurídica, por lo que a España respecta, asimiló esas influencias en el Fuero Juzgo, expresión de una síntesis social. El espíritu de la civilización europea encontró de este modo la cooperación del genio nacional. "Después de la invasión de los bárbaros-dice Raoul de la Grasserie-cada cual conserva durante cierto tiempo sus leyes personales; hay una ley romana y una ley bárbara para todos. En tanto que las cosas permanecen en este estado, la evolución no se modifica; pero pronto se opera una fusión entre los dos derechos, o más exactamente, una comprensión de cada uno, cayéndose en un verdadero caos jurídico, en la muerte del Derecho. ¿Como se saldrá de este estado?

En esta amalgama-añade-se forman dos centros numerosos de
y para la ciencia del Derecho. Trad. y Prologo de Posada. Cap. II.

nueva legislación, o dicho de otro modo, una multitud de costumbres locales, que, como cristales disueltos, se rehacen y forman otros cristales"(1). Ese es el periodo de regresión-dice el autor- que da la experiencia de muerte, pero a la que sigue la resurrección. Así reaccionan las variedades nativas sobre las mismas aspiraciones a unidad, y la unidad significa conciliación de puntos de vista y coordinación harmónica, pero no uniformidad que mata el espíritu originario en cada pueblo.

Otro movimiento general en la historia de la civilización- el Renacimiento- impone una corriente unificadora que viene precedida de ciertos hechos- la ciencia experimental de Bacon, las Enciclopedias que resumen la Ciencia, los resultados de los viajes de exploración(2)- Esa unificación se refleja en el Derecho público en el que prevalece, con Bodin, el concepto pagano de la

(1) Principios sociológicos del Derecho civil. Trad. de Pereira. Madrid, 1909. Pág. 524.

(2) G. Kurtz. La Iglesia en los trances de la Historia. Trad. de J. B.

soberanía, y en el Derecho privado en el que triunfa el principio de la concentración nacional de la tierra sobre las desmenbraciones feudales.

Aún el mismo feudalismo-más o menos acentuado en unas u otras comarcas de Europa-impuso instituciones comunes, a pesar de que significaba el principio de diversidad. Y el alodio, el feudo, el beneficio, el cánón, representan el sedimento de una organización general de la propiedad y del Derecho que expresaban un mismo género de vida europea, a pesar de las contiendas y de las divisiones.

Y el hecho europeo de la Monarquía patrimonial como núcleo de las nacionalidades imprime fuertemente en el Derecho la huella cesárea, sofocando energías espontáneas, pero participando también en cada pueblo de las variedades del ambiente y de la Historia.

En todas estas aspiraciones a constituir un orden social general, fué factor decisivo el Derecho de cada pueblo. El Estado, o la entidad que desempeñaba sus funciones, fué el órgano encargado de trasfundir las corrientes civilizadoras en el Derecho de la nación o del grupo. Pero, al propio tiempo, cada Derecho reaccionó sobre la corriente general, impregnándola de sus características. De un modo incompleto puede verse ya la existencia de ciertas prácticas uniformes-determinadas sobre todo por el influjo civilizador del cristianismo, designado por Suárez con la denominación de "Derecho consuetudinario de la Europa cristiana", al lado de la peculiar variedad social.

Por lo que respecta al Derecho, Gustavo Le Bon ha expresado en estas palabras la acción nacionalista sobre el factor general; "Convenzámonos-dice-de que una nación no puede utilizar las instituciones y las leyes de un pueblo de mentalidad diferente, por perfectas que sean. Cuando los juristas tratan de persuadir-

64)

nos de que el Derecho romano ha sido adoptado por ciertos países y la constitución inglesa por otros dan pruebas de escasa psicología. Aunque aceptada por muchos pueblos, no ha sido practicada más que en el inglés" (1).

=====

(1) La Psicología política y la Defensa social. Trad. de José M.ª González.-Madrid, 1912-Página 49.-

CAPITULO TERCERO

LOS INFLUJOS REFLEXIVOS JURIDICOS

1-Influjos doctrinales y legales.-Fondo
jurídico preexistente a la obra del jurista.

Aunque el Derecho espontáneo no significa nada antitético de la reflexión, pues ya queda indicado que el ser racional piensa antes de obrar-y, en este sentido, la reflexión jurídica encuentra también su cauce en la costumbre, con las salvedades ya anotadas, y nos vamos a ocupar en este capítulo del Derecho que por antonomasia se llama "reflexivo", por considerarse como obra especial del razonamiento de los hombres consagrados por vocación y ministerio a los estudios jurídicos o al establecimiento de normas legales. De aquí, la clase de los jurisconsultos y la de los legisladores.

La clase de los jurisconsultos existe ya, en cierto modo, en los albores de la vida jurídica. No otra cosa representan los "themis-

tas", a que nos hemos referido ya, fundándonos en la obra de Sumner Maine. El Derecho aparece en manos de esa clase como un derivado de la religión, y la clase de los jurisconsultos no es distinta de la de los sacerdotes. No existe entonces una elaboración doctrinal del Derecho, sino a lo sumo una Teología jurídica. Para que el Derecho se coloque en vías científicas es preciso que el fenómeno jurídico aparezca como algo sustantivo, con personalidad propia, aunque unido en relación íntima a la vida social. Es el proceso de una civilización creciente, como dice Savigny, el que va separando las diversas actividades sociales. Por eso, en el Derecho añade, sin que deje de vivir la vida del pueblo, se produce al par otra vida en manos de los juristas. Esta actividad especial es el elemento técnico del Derecho, mientras que la dependencia en que éste se encuentra respecto de la vida social constituye el elemento político. (1).

(1) De la voc. de nuestro siglo, etc. Edición citada. Cap. I.

Todas las etapas del desarrollo jurídico, desde la simple ley hasta la compilación y el código, pasando por las exposiciones doctrinales, por los comentarios, por las glosas, se caracterizan por una preponderancia mayor o menor del elemento técnico sobre el político, del factor reflexivo sobre el espontáneo, de la organización del Estado sobre la mera actividad social, del conocimiento científico sobre la intuición popular.

La noción de una síntesis ha impulsado todo trabajo doctrinal y toda manifestación legal. Y cuando las doctrinas, las costumbres y las leyes han llegado a formar un organismo han aparecido definitivamente constituidos la Ciencia y el Arte del Derecho.

Del mismo modo que los gramáticos son posteriores a los idiomas, los juristas vienen detrás del Derecho. El Derecho y la lengua son elementos indispensables de convivencia humana, por embrionarios que los supongamos. Cuando el uso llega a fijar formas

uniformes de expresión, y, sobre todo, cuando un hombre superior consagra, en medio de la admiración popular, giros y modalidades características, surge la Gramática que establece reglas sustraídas de la misma experiencia.

Así también las leyes integran su contenido con la acumulación de prácticas consuetudinarias, a las que dan permanencia y garantías.

Y así como los gramáticos, surgidos de los pródigos senos del alma popular, pulen, corrigen y estimulan las lenguas, organizan los giros y reducen a normas la rica espontaneidad del idioma, los juristas y los legisladores tratan de conciliar los supremos principios de razón y de orden con los elementos espontáneos del Derecho nativo. A partir de este momento, idioma y gramática, Derecho y leyes, sintetizan en sus mutuas acciones y reacciones la variedad integral y fecunda de las facultades de expres-

si3n de las ideas y la defensa racional de los intereses colectivos.

Los juglares, los poemas 3picos y los Romanceros son la balbuciente expresi3n del alma popular, que no cristaliza todav3a sus concepciones en modelos acabados y org3nicos. A ese periodo de desenvolvimiento literario, corresponden no en el 3rden del tiempo, sino en el del desarrollo singular de cada rama las costumbres, las Ordenanzas m3s tarde, las Compilaciones despu3s. Y as3 como las Gram3ticas son los C3digos del idioma, los C3digos aspiran a ser las Gram3ticas del Derecho.

F3cilmente proveen los pueblos a sus necesidades cuando son escasas y sencillas. Sin esfuerzo alguno, crean entonces la regla de Derecho. En lo privado, son elementales las reglas de convivencia; en lo p3blico, son rudimentarias las relaciones de la autoridad con los s3bditos. La misi3n de aquella es m3s bien

juzgadora que gobernante, pues se limita a interpretar el Derecho en casos litigiosos.

Solo cuando las necesidades crecen en número y en intensidad, complicándose en el torbellino de la vida, es preciso diferenciar las funciones del Poder, estableciendo garantías para la libertad de los ciudadanos y frenos para la autoridad constituida. El respeto unánime, al acatamiento a la persona que por su edad y su experiencia era salvaguardia de la paz y de la justicia, en el régimen patriarcal, no existe en los regímenes políticos más complicados.

La evolución jurídica sigue los mismos pasos que la evolución industrial. Al complicarse las necesidades, el régimen del trabajo se modifica profundamente; al posible comunismo primitivo sucede una individualización de la propiedad, hija del esfuerzo humano perpetuado y adherido. Nace la división en el trabajo, la especializa-

ción que requiere el tecnicismo. De la misma manera, el Derecho elaborado por el pueblo, como comunidad indivisible, se desintegra y se localiza en los centros de funciones diferenciadas, pero, en ese desplazamiento, la actividad jurídica adquiere una flexibilidad que le permite servir de vehículo a las distintas aportaciones del trabajo social, cuya síntesis constituye la totalización de la vida. La desintegración del Derecho es provisional; acompaña a la diferenciación social, pero es para recoger sus diversas manifestaciones y unificarlas. La misión del técnico y del legislador consiste entonces en dirigir la actividad social según un plan de conjunto, meditado ante las realidades.

Por lo que se refiere al Derecho romano, véase como explica el Sr. Pou y Ordinas su progresión científica; "A medida que se desarrollaba la civilización romana y se hacía más complicada la vida civil y el Poder legislativo atendía mejor a la satisfacción de

las necesidades que en el pueblo aparecían, disminuía en su actividad jurídica la costumbre. El modo de obrar de esta fuente no era ya tan espontáneo como en los tiempos primitivos; se hacía necesario acudir al estudio y a la reflexión para descifrar las reglas de derecho que se formaban en la conciencia del pueblo; y entonces apareció una clase de varones ilustrados, que hicieron objeto de su ~~investigación~~ profesión el estudio y aplicación de las reglas que habían de aplicarse a la resolución de las cuestiones que surgían en las relaciones prácticas del pueblo; estos fueron los Jurisconsultos. Admitimos de buen grado que por el estudio de estos distinguidos varones, el Derecho romano fué elevado al estado de ciencia y recibió forma sistemática, de manera que se logró que apareciera en su seno una fuerza orgánica tan poderosa que alcanzaba a mantener viva la unidad y universalidad en el sistema del Derecho. Para el autor, este Derecho, al que algunos

llaman científico, no es "fuente jurídica, diferente por su naturaleza de la costumbre y de la ley". Los jurisconsultos no son creadores, sino intérpretes, coordinadores, sugeridores incluso, del Derecho. Sus opiniones "solo alcanzan fuerza obligatoria cuando en la práctica han sido seguidas por largo espacio de tiempo y se ha formado en virtud de estos precedentes y mediante la influencia del uso una regla nueva del Derecho, la cual no puede menos que formar parte del Derecho consuetudinario" (1).

En este sentido, todo Derecho—el consuetudinario, el legal y el doctrinal, requiere la incorporación del pueblo a la norma. El progreso jurídico va diferenciando modos de producción que, en su origen o en su proceso, se confunden con la costumbre. Y las fuentes del Derecho no surgen—dice el Sr. De Diego—

(1) Historia externa del Derecho romano. Barcelona, 1884. Págs. 22-25.

en ese primer momento de elaboración íntima del Derecho, sino que se diversifican en el momento exterior del proceso en atención a la forma desigual de declaración jurídica(1).

Por su parte, el Sr. Giner, consigna con respecto a la ley: "....puede decirse con toda propiedad que el único poder legislativo reside en la voluntad del Estado, como quiera que al legislador, digámoslo así, profesional, no le incumbe realmente sino definir en formas concretas las tendencias que, allá en el fondo de la conciencia general y difusa, van despertando las necesidades de la vida social en cada tiempo"(2).

Y, por lo que a la doctrina se refiere, el Sr. Canalejas nos presenta la actividad de la costumbre, no en forma de espontaneidad popular, sino bajo el aspecto de asentimiento popular a

(1) Discurso citado de recep. en la R. Acad. de Ciencias Morales y Políticas.

(2) Ob. cit. - VII.

una concepción científica, y dice que existe una "costumbre doctrinal" fundada en la autoridad de los Jurisconsultos o en las Respuestas de los prudentes; "Gayo y Triboniano y Teófilo y Gregorio López, etc., son y serán por mucho tiempo legisladores del mundo civilizado. Y lo son porque la autoridad de sus máximas fué recibida y sancionada por el asentimiento de todos, o al menos por el de los más; no por ser la doctrina de uno, sino de uno que convenció después a muchos" (1).

Coexistencia de la espontaneidad popular y de la ley en su aspecto regulador.

Si el Derecho es consuetudinario en su origen, consuetudinario permanece bajo el imperio de la ley escrita, si se considera que la ley no existe como realidad viviente más que cuando ha entrado, como dice M. Henry Rolin, en el espíritu de los agentes de la au-

(1) Disc. ~~de~~

leído en la Acad. de Jurisp. en la sesión inaugural del curso de 1893-1894. "De la generación y vida de las leyes".

toridad y en el espíritu de los súbditos, dejando allí un principio activo de conducta(1). La legislación, según lo dicho, no es otra cosa que la aplicación de un hecho sociológico general: la sugestión basada en el prestigio.

Toda la dirección histórica de la ciencia jurídica se funda en el desarrollo normal del Derecho, desarrollo que se expresa en el proceso consuetudinario. Más adelante tendremos ocasión de ver cómo la misma tesis de Ihering afirma en parte la adecuación entre el desenvolvimiento social y el jurídico. Y esa adecuación hace de la ley un factor de la evolución, pero no un elemento absorbente y único.

Las primeras leyes no significan imposición, sino que consignan las costumbres existentes. La invención del arte de la escritura, en la cual coloca Summer Maine el origen de los Có-

(1) Revue trimestral de Droit civil. T.X., 1911-

digos antiguos,viene a perpetuar la costumbre,rodeándola de toda autoridad,fijándola en fórmulas.Así se evita-dice este escritor-que la ley de desarrollo que tiende a influir sobre las costumbres no escritas,desvirtúe el contenido de estas,que,al ser observadas por multitudes incapaces de comprender la razón de su utilidad,degeneran en costumbres irracionales apoyadas por invenciones supersticiosas(1).

Al lado de la ley como expresión de la costumbre,surge la ley como custodia de la costumbre misma y como sancionadora de sus infracciones.Fundado en las enseñanzas del Sr.Pérez/Buano dice el Sr.Carreras y Arañó:"Las primeras leyes escritas son penales y no civiles;no hablan de derechos,sino de castigos contra los que infringen la justicia natural,y como vehículo de transmisión de servían de la forma poética y del canto"(2).

(1)Ob.cit.Parte general.

(2)Filosofía de la ley,según Sto.Tomás de Aquino.Tesis doctoral. Madrid,1919.P.161.

Finalmente, la ley es también instrumento de innovación y método de violencia cuando aparece como manifestación de un poder arbitrario, dominador, que aspira a borrar la personalidad de un pueblo. Ya hemos hecho referencia en el capítulo 2º al alcance limitado de esta dominación sobre los grupos naturales.

No se crea, sin embargo, que el legislador ha de limitar su misión a consagrar las aspiraciones del pueblo.

En primer término, la autoridad existe como una concreción del Poder, cuya fuente inmediata es el pueblo(1). La autoridad, una vez

(1) Sería impropio de este trabajo el desarrollo de las ideas que tratan de explicar el origen del Poder. La teoría escolástica es la que de un modo más perfecto concilia el principio de razón y el principio de voluntad, cuya síntesis forma el Derecho. En el orden de causalidad, al cual es preciso referir las ideas en último análisis, coloca el origen del Poder en Dios. Pero, en el orden positivo, Dios no lo delega directamente en un Rey o en un órgano legislativo cualquiera (como sostienen las teorías protestantes, que legitiman así todas las tiranías y desconocen la sustantividad de la sociedad), sino en el mismo pueblo, que determina el modo de ejercer la autoridad. No son las formas de gobierno, sino la Potestad, lo que se deriva de Dios, como sostuvo Suárez. Este es el sentido de las palabras de los Proverbios: "Per Me reges regnan et

constituída, tiene la misión de dar la ley como un poder de ordenación. Y así resulta que es el pueblo quien delega el poder, pero obligándose a respetar la libertad de acción del delegado, mientras obre dentro de los límites del mandato. En ese engranaje de relaciones entre el pueblo y el legislador-garantía contra los desbordamientos de la multitud y contra las arbitrariedades de la autoridad-reside también el vínculo que relaciona la ley con la costumbre. Queda, por eso, al legislador una misión reflexiva, que el pueblo le confiere. Así se verifica en el Derecho, como dice

Chassan(1), la unión del elemento histórico y del filosófico, del legum legislatores justa discernunt y de la frase de la frase de San Pablo: Omnia potestas a Deo. Así la autoridad resulta en inmediata dependencia de la sociedad, y se evita la tiranía, pero la sociedad ve en la autoridad una investidura para el bien común, y se evita la anarquía. Existe, por tanto, en el orden positivo, y de acuerdo con el respeto a la norma superior que garantiza todo orden político, una conciencia social soberana.

(1) Essai sur la symbolique du Droit. Paris, 1847. Véase la Introducción.

hecho y del pensamiento, de la materia y del espíritu, estos dos inmutables principios del Derecho, que son también los elementos esenciales del hombre.

Frente a los que opinan que la ley y la espontaneidad popular son principios irreductibles, creemos que pueden armonizarse ambas tendencias. Lo esencial es que no desaparezca nunca el influjo de una sobre otra, que no se divorcien, que la ley no signifique una abstracción apartada de todas las realidades del pueblo, ni la costumbre un orden cerrado a toda sugestión reflexiva. "...Si se trata-dice Ahrens-de regular por las leyes relaciones generales, debe el legislador, ora sea un individuo, ora una asamblea, estimar, no tanto la voluntad, como la educación y estado común social"(1). En ese estado social residen los influjos tradicionales, más poderosos que la misma voluntad, que a veces se mue-

(1) Ob. cit. Pág. 223.

ve con intermitencias, sin conseguir dejar rastro de su impulso. El pueblo, que ha de ser el inspirador de los gobiernos, ha de vigilar de cerca la obra de estos, pero dejándoles un campo de acción donde puedan moverse libremente. El legislador, que recibe del pueblo el anhelo, le dicta los medios más eficaces para realizarlo. Por eso una legislación es tanto más progresiva cuanto mayor es el grado de la cultura popular, que confía en la realización de sus aspiraciones a los competentes, pero dictándoles las normas generales de gobierno y ~~re~~^{dirigiendo} constantemente una obra fiscalizadora.

Supuesto que las leyes no deben de fundarse sobre los caprichos de la fuerza, sino sobre las exigencias del bien común, pues se dan a seres libres y racionales, es preciso que se funden en el asentimiento. "Por rara excepción piensan los hombres - afirma el Sr. Dorado - que la clave segura de toda reforma social se halla en la educación de los individuos, en la formación y desa-

rrrollo adecuados de su espíritu, es decir, de las facultades psíquicas, singularmente de la voluntad, la más humana de todas. El cultivo del mundo interior, que es donde reside el Derecho racional, les preocupa poco"(1). En la obediencia a la ley se actúa, por consiguiente, un elemento moral de la personalidad.

De todo lo dicho puede deducirse que la acción espontánea del pueblo se combina con la acción reflexiva del legislador. Esta última no se proyecta sobre un cuerpo muerto, sino sobre un organismo que vibra en una floración de energías. Cuando hablamos de ideas originales en un hombre, no queremos excluir la acción de los estímulos exteriores o las combinaciones de otras ideas de las que el nuevo concepto surge. Del mismo modo, el Derecho espontáneo es resultado de toda clase de influjos-morales, legislativos, conscientes, inconscientes, heredados-y exige solo una a-

(1) El Derecho y sus sacerdotes. Primera Parte. Madrid, 1909. Págs. 553-555.

simulación por parte del pueblo. Con razón ha podido decir Duguit que la técnica legislativa es a la vez agente y producto de la evolución de las sociedades y factor que forma, más no crea, el Derecho(1).

Cuando Costa afirma que todas las leyes se promulgan siempre ad referendum señala la subordinación de la vida oficial a la vida real de un pueblo, pero admite también en el legislador la facultad de interpretar, de avivar y de cohesionar la difusa conciencia colectiva. "Si en esa proposición que se dá como ley-dice-el legislador se ha hecho intérprete de algo que, sin ser precisamente costumbre, expresa una convicción o una aspiración de la generalidad, equivalente a una costumbre, el pueblo se reconoce en ella, la hace suya, et lex facta est"(2).

Al legislador incumbe aquel papel que Giner atribuye a las "minorías selectas" de un pueblo; el de penetrar "más adentro de la

(1) L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris, 1901. P. 562-3.

(2) El problema de la ignorancia del Derecho. IV.-

opinión empírica para sorprender sus energías latentes, allí donde se prepara a la sombra el porvenir, y traerlas a la superficie actual de la conciencia"(1).

La ley no siempre debe de manifestarse con la misma intensidad, sino que, por el contrario, deberá de adaptarse a los distintos periodos que atraviere la evolución jurídica de los pueblos.

Unas veces, la ley tiene fuerza de impulsión, despierta las energías de un pueblo, estimula su actividad jurídica. Otras, cuando esta se manifiesta viva y lozana, la encauza, la regula, la recorta y adapta. A veces, cuando se presenta de improviso una necesidad nueva, que demanda soluciones urgentes, la ley provee a ella con su imperio; y hasta puede entonces ser elemento que inculque en el pueblo las lecciones de la práctica. Otras veces, se

(1) Sobre el concepto de la ley en el Derecho positivo. Asoc. española para el progreso de las Ciencias. Cong. de Zaragoza. T. VI. Madrid, 1910.

limita a sancionar una costumbre; otras, lucha lentamente contra la misma, pero sin intentar arrancarla de cuajo, sino crear fuerzas morales nuevas que puedan sustituirla. A este caso se refiere Posada cuando escribe: "la ley puede tener una eficacia educativa como medio sugestivo artificial de bien obrar, tanto a causa de ideal jurídico que aclara o formula, cuánto a causa del temor a la pena, que puede ser un freno del egoísmo en el cálculo utilitario de los motivos prácticos"(1). Y una vez inculcados los hábitos educativos, surge en determinada dirección el torrente de la espontaneidad popular, por obra de la ley, que nunca tiene el poder milagroso de la vara de Moisés.

Con relación a la costumbre, tienen también otra misión las leyes. Toda costumbre, en el mecanismo tan complejo de las sociedades modernas, es incapaz de atender a los múltiples detalles de la práctica. Mientras el grupo social fué embrionario, la vida de

(1) Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid, 1897. Pág. 134.-

relación quedaba reducida al mínimun, pero en los actuales Estados es tan íntimo el engrane de relaciones que no basta el poder ~~unilateral~~ de la costumbre para proveer a la realización de todos los fines sociales, con una mirada amplia que abarque el porvenir. Por eso son, en este caso, las leyes respecto de las costumbres lo mismo que los ^{reglamentos} ~~costumbres~~ respecto de las leyes; desenvuelven un principio general en un orden casuístico y previsor. De ahí que todo el Derecho adjetivo sea obra casi exclusiva de la ley; fijación de plazos, caducidad de derechos, términos hábiles para la ejecución de diligencias, etc. (1).

Es preciso la incorporación de un elemento popular para que la actividad legal no sea un artificio que ponga en juego solamente la superestructura oficial, simulando una vitalidad que no existe. "las leyes deben contraerse -ha dicho Picard- a una renovación de los reflejos, de las creaciones palpables de la conciencia

jurídica nacional"(1).

La necesidad de graduar las reformas legales, no procediendo uniformemente sino atemperándose a las circunstancias de lugar, de tiempo, de educación, a los hábitos, a la capacidad, a la moralidad, es principio incuestionable que ha puesto de relieve la moderna Sociología, reaccionando así contra el individualismo atomista.

En periodos en que la actividad del pueblo se muestra dispersa y discontinua, la ley puede ser un poder unitivo. Hay algo más; alrededor de una ley surge el pugilato de los partidos

Sáez Sanz y Escartín en su obra El individuo y la Reforma social, hace una síntesis de la misión de las leyes en el orden económico, asignándolas la de fomentar la riqueza, refrenar los excesos de la especulación, crear centros informativos de trabajo, difundir los conocimientos profesionales, etc. De ahí, las actuales tendencias de socialismo de Estado que coexisten, sin embargo, con las tendencias autonomistas y nacionalistas, expresiones de la actividad social frente a la absorción del Estado uniformista.

(1) "Batido constantemente (el legislador) -dice Picard- por las olas humanas, debería, según magnífica expresión de Berryer, no ver en la embestida de esas olas más que una sollicitación a su genio."

y de las clases, y mediante el pugilato se llega a la comprensión de los problemas y a su solución práctica.

Cauce social de la obra legislativa.

Afirmar una tesis pragmática del Derecho, equivale a afirmar que todo el caudal jurídico de un pueblo discurre por los cauces de una legalidad escrita, garantizada por la coacción del Poder. Los factores psicológicos, los elementos de la vida social, el arraigo de las costumbres, todo lo que significa estabilidad y continuidad queda desconocido ante una ley cuya perfección teórica puede ser tan absoluta como su ineficacia.

De las leyes, cuando no se aplican a despertar fuerzas morales, puede decirse lo que Taine afirma del Estado: "Su resorte, totalmente externo, es insuficiente y demasiado débil para sostener e impulsar las obras que tienen necesidad de un motor interno, como el interés privado, el patrimonio local, las afecciones de familia, la curiosidad científica, el instinto de caridad, la fé

religiosa"(1).

Hoy se reacciona contra el concepto absurdo de la omnipotencia de las leyes, que, aún cuando aparezca imposible, ha estado en boga en varios periodos de la Historia, especialmente en el siglo XIX, que es el siglo de las arbitrariedades legislativas. Se reconoce ahora que toda reforma legal ha de estar reclamada por un ambiente. Las transformaciones jurídicas no son posibles sin la incorporación de los elementos sociales a la obra de las leyes. Teoría, hecho, ley: tal es el ciclo que recorre la actividad espiritual creadora de los pueblos. Un sociólogo ha podido decir que todos los hechos de la historia han comenzado por ser cuestiones.

En las sociedades modernas, tan fecundas en experiencias y en adquisiciones intelectuales, todo hecho jurídico se levanta sobre una base espiritualista, construida por una labor de escuela. Tras la escuela viene el partido y la enunciación de reformas legales.

(1) Les origines de la France contemporaine. Le régime moderne. T. I.
Paris, 1891. Página 152.

Y es que los partidos, han sido en una época individualista, el único elemento cohesitivo de la Sociedad y han sustituido, aunque con gran desventaja la existencia de las organizaciones sociales. Por eso se han aliado los legisladores con los propagandistas políticos-condensadores de ideas, hasta expresar la idea en una frase, y encerrar la frase en un símbolo, a cuyo alrededor se desborda el torrente pasional de las multitudes.

La importancia que los propagandistas políticos han concedido a la opinión, nos muestra la necesidad de que toda obra legislativa se desenvuelva en un cauce social. Lo que ha ocurrido es que deshecha la antigua trabazón -influjo de la Iglesia, Universidades, clases sociales- se ha diluído el organismo popular en el concepto atómico de la multitud, y el viejo ligámen de la costumbre, recio y bienhechor, ha sido reemplazado por ~~debiles~~ débiles lazos de intereses políticos surgidos alrededor de la llamada soberanía del pueblo, expresada en estados de opinión. Hasta que se ha iniciado

el retorno a los conceptos orgánicos.

Mientras ha prevalecido esa tendencia, se ha hecho difícil la elaboración de un Derecho continuo, porque las multitudes de una generación nada tienen que transmitir a las de la generación siguiente; unas y otras poseen solo instintos. Gustavo Le Bon ha observado que los caracteres inferiores de la multitud están tanto menos acentuados cuanto más fuerte es el alma de la raza (1). Multitud y organización resultan términos antitéticos; mientras la se-

(1) Psychologie des foules. 2^a ed. Paris, 1896. Página 145.-
A propósito del carácter individualista y atómico de la legislación, describe con trazos firmes Hipólito Taine la ingerencia del Poder público en las corporaciones espontáneas de la sociedad francesa. Es una lección saludable de Filosofía de la Historia. En 1789 extirpó el legislador esas asociaciones, previniéndose además "contra el instinto y la necesidad que podían resucitar un día a las familias estables, a las provincias distintas, a una Iglesia ortodoxa, a las sociedades de artes, de oficios, de finanzas, de caridad y de educación, contra todo grupo espontáneo y organizado, contra toda empresa colectiva, local o especial", colocando en su lugar "cuerpos ficticios, una Iglesia sin fieles, escuelas sin alumnos, hospitales sin ~~ventas~~, una jerarquía geométrica de poderes improvisados en el municipio, en el departamento, en el distrito, todos mal constituidos, mal ~~ajustados~~, mal ajustados, desconcertados

gunda es factor de estabilidad y obra por sí misma, la primera necesita el impulso de un hombre privilegiado que la aprovecha en cualquier sentido, porque la democracia individualista es-repitiendo la frase del citado escritor francés-célula medular, no cerebral. M. Kochanowsky ha probado la necesidad, en que los hombres de genio se han visto, de utilizar la impulsividad de la masa. "Napoleón-dice-fué un poeta político antes de llegar a ser César. Todos los más grandes hombres de la época post-revolucionaria eran sin duda "poetas" parecidos. El misterio de su grandeza estaba en que supieron acomodar~~se~~ sus propios puntos de vista/ la impulsividad potente, ciega y formidable de la multitud. Es-ros planes estaban concebidos y llevados a cabo con una premeditación, apoyada sobre la lógica de la evolución, es decir, sobre

de antemano, recargados de funciones políticas, tan incapaces de su oficio propio como de su oficio suplementario, y, desde el primer día, ~~impopulares~~ o perniciosas. (ob.cit.loc.cit. Págs. 158-9).

una posibilidad práctica de la vida, en relación al tiempo y al lugar de la acción, aunque también a un verdadero principio histórico; es decir, que el único fruto saludable de una revolución es la evolución"(1).

"La democracia -ha dicho M. Clemenceau- no es el gobierno del número... En el origen de toda evolución hallamos el esfuerzo individual de los pensadores, mientras que el progreso general debe resultar necesariamente de la acomodación progresiva de las masas a las ideas sometidas a la sanción de la experiencia por el genio de algunos"(2). La experiencia de todos los siglos nos demuestra éste poder que dan los años, el prestigio o la sabiduría para ejercer magisterio de almas y conducir a los pueblos. Desde el primitivo

(1) Les échos des temps primitifs et les éclairs des droits historiques dans les phénomènes de la vie moderne. (Ann. citados de L'I-Institut Internationale de Sociologie.

(2) Cit. por Le Bon. Ob. cit. Pág. 227.

Consejo de Ancianos hasta los modernos conductores de multitudes, hemos visto siempre destacar una selección social en todos los movimientos de los pueblos. Generalmente es siempre un hombre el que, solidarizado con el alma de su pueblo, abre nuevas rutas a los destinos sociales.

La fusión de los elementos sociales espontáneos con los influjos reflexivos, más que en la obra del legislador, resulta de la flexibilidad que impone la vida, se da en la compenetración que establece la convivencia de directores y dirigidos en un mismo territorio, practicando la misma vida, relacionándose constantemente. La doctrina de las "autoridades sociales" de Le Play, que solo incidentalmente podemos citar aquí, está calcada en una realidad histórica, obra espontánea de la sociedad. Cuando los interesados pueden, sin trabas inútiles-dice-conducir sus negocios privados y gobernar los intereses colectivos de los campos y de las ciudades.

dades, la libertad civil está constituida. La libertad política surge sin esfuerzo de este estado de cosas, porque existe entonces una multitud de hombres que, quedando sometidos a la bienhechora influencia del trabajo individual y de los deberes locales, aparecen capaces de secundar al soberano en el cumplimiento de su deber" (1).

En una sociedad orgánica, el legislador es un producto de las fuerzas sociales en vez de ser su creador. Por eso Savigny considera como una de las misiones de la ley la de fijar "el derecho popular ya existente", suponiendo que el legislador ha de inspirarse en el espíritu del pueblo. "La ciudad ha dicho Giner no es y vive solo por sus hombres (léase Héroes) mas precisamente por esa totalidad general media, en que ponen ellos, sin duda, su parte general grandiosa; pero que a su vez hace posible su aparición y es, en primer término, cosa del todo mismo y de su acción común di-

(1) *La réforme sociale en France. T. III. Chap. VII. - L'art de l'homme de*

fusa"(1) .

Hay casos en los cuales el legislador debe de investigar detenidamente el arcano de la conciencia popular. Acabamos de decir que, en la época individualista, a la avanzada del hombre de leyes ha ido siempre el propagandista político. Podemos añadir que, en nuestra época, el legislador necesita aliarse con el sociólogo.

legislativa
 7 Toda reforma ~~política~~ necesita previamente polarizar las fuerzas sociales hacia el ideal que se trata de realizar. En la subconciencia popular existen siempre sedimentos de nociones ancestrales, y el mérito sociológico de la legislación está en saber actualizar esas ideas y convertirlas en una fuerza/capaz

"autoridades sociales" a los directores extraoficiales-poetas, artistas, literatos, oradores, periodistas, apóstoles, hombres ilustres de todo género, y también a las ciudades en las que se agita una intensa vida intelectual. "La más grande de las autoridades sociales de la Francia de nuestro siglo es París."

(1) *ibid.* cit: sobre el concepto de la ley.

germinar en momento adecuado. Como ha dicho Ihering, las leyes nacen bajo estrellas favorables o infaustas, y la misión del legislador no se limita a escoger nuevas semillas sino que debe también escoger un tiempo propicio para la sementera"(1). Entre nosotros, Prat de la Riba ha sostenido la teoría aristocrática en las transformaciones de los pueblos, teoría que consiste en la obra intelectual de forjar un sistema en los círculos superiores de la vida nacional que después irradian en ondas concéntricas hasta las capas sociales más profundas, que son también las más fuertemente apegadas a las costumbres. "La transformación-agrega-está virtualmente realizada (léase completada) cuando todos los centros propulsores de la vida nacional han sentido el nuevo impulso"(2).

(1) L'Esprit du Droit romain. Ed. citada. Tomo II. Página 63.

(2) La nacionalidad catalana. Trad. de A. Royo Villanova. Valladolid, 1917. Ps. 7, 8.

Labor del legislador es tambien a veces la de producir un hecho, poniendo en contacto ciertas afinidades colectivas, que al juntarse desarrollan un mismo principio de enrgia. René Worns ha señalado la importancia del papel que corresponde al experimentador de los hechos sociales que ha de producir los acontecimientos que interesan a sus experiencias. Estos hechos no dejan, en cierto sentido, de ser naturales. "El experimentador-dice-no los saca de sí mismo. Es de la naturaleza de donde los hace surgir, poniendo en juego las fuerzas que ella contiene" (1). En la experimentación está el nervio de toda reforma legal. Las mismas ^{innovaciones} ~~superiores~~ necesitan apoyarse, como en puntos fijos, sobre datos que proporciona la experiencia y el ensayo. Por eso, cuando se combate una institución nacional, casi siempre

(1) L' experimentation en Sociologie. Ann. de l'Inst. International de Sociologie. Paris, 1898.

se invoca otra tradición extranjera o alguna experiencia remota. De esta manera, los que pretenden avanzar por el camino legislativo no hacen frecuentemente más que apoyarse en una tradición que no es la de su pueblo, olvidando que el Derecho se forma, como dice Groppali, "en el circuito de las sociedades concretas e históricamente diferenciadas" (1), es decir, en el radio de acción de una influencia colectiva.

Superioridad de la costumbre.

Tienden las consideraciones anteriores a demostrar que es precisa la ley en varias circunstancias y que unas veces se presenta confirmando la costumbre y otras creándola, en cierto modo, unas acudiendo a previsiones y detalles a que no llega la costumbre y otras sugiriendo experiencias susceptibles de arraigar en la práctica.

Y así como la costumbre, al fijarse mediante la escritura se

(1) Anales citados.

convierte en ley, así la ley incorporando a sus preceptos el fondo de creencias, sentimientos y hábitos de un pueblo, puede llegar a tener observancia de costumbre y vitalidad de norma espontánea. La ley, imponiendo coactivamente el precepto, va desarrollando aquella facultad moral de la obediencia a que alude el Sr. Dorado Montero. A medida que el pueblo hace suya la ley, incorporándola a su vida, necesita menos el constreñimiento. La progresión de la ley tiende por eso a hacer innecesaria la coacción, o, por lo menos, a aminorarla.

Pero nunca ha de olvidarse que la superioridad de la costumbre se revela en que es expresión de un estado de conciencia social, signo de desarrollo de las más íntimas facultades del espíritu público, que hace innecesario el aparato de una vigilancia complicada y de una fuerza numerosa y poco inteligente.

Y es que la acción de la costumbre arranca del orden moral.

"Las leyes penales castigan el robo, la muerte, el incendio- ha dicho un escritor- pero no castigan el desarreglo de las costumbres, la embriaguez, el adulterio, el abandono de los niños, la avaricia, el malthusianismo, y no castigan más que en teoría el infanticidio y el aborto"(1). Y agrega que ni el robo, ni el incendio, ni ~~la~~ ~~aborte~~ han hecho jamás perecer ninguna sociedad, mientras que no pueden señalarse aquéllas a las que los otros vicios señalados han llevado a la ruina.

Se hacen necesarios los sustitutivos del Derecho, como llama Picard a los medios que emplea el legislador para suscitar de un modo indirecto las actividades sociales y encauzarlas/ hacia una meta de reforma. "Preséntanse- dice este jurista- cuando el legislador, en lugar de acudir a remediar una situación enojosa, atacándola con leyes, se abstiene de una jurificación excesiva y corrige atacando las causas sociales que pro-

(1) La crise morale des temps nouveaux. L'Univers, Paris. 18 Jun. 1907. Henry Joly.

ducen la mala situación. Tales son los remedios contra el alcoholismo, buscados en una mejor alimentación de la clase obrera; con la disminución de la fatiga, con la prohibición de la venta contra las bebidas espirituosas, más bien que en leyes contra la borrachera." (1).

Régimen fundado exclusivamente sobre las leyes, hace preciso la organización de un ejercito de funcionarios encargados de velar por su observancia. El procedimiento y la subordinación a las fórmulas llega a matar el mismo espíritu de la ley.

Aún tienen las leyes otro inconveniente; el de obrar a manera de narcóticos sobre las energías del pueblo. Es cierto, como dejamos consignada, que crean fuerzas morales, pero siempre que no se prodiguen y que se apliquen a estimular una actividad incoherente y difusa, organizándola y encauzándola.

(1) Ob. cit. Página 326.

Pero si se prodigan con exceso, enervan las fuerzas en vez de estimularlas. Las gentes se acostumbran a esperarle todo de la ley; es el poder milagroso que todo lo alcanza y el remedio infalible para todos los males que aquejan a las sociedades. De la ley lo esperan todo los pueblos educados en el fetichismo de las formulas y de las promulgaciones; el progreso intelectual, el moral, la salud y el abaratamiento de las subsistencias. No se tiene en cuenta que cada particular, como dice Ihering, toma una parte en la realización del Derecho sobre la tierra, y es agente vivo de la reforma social, factor imprescindible de colaboración que prepara el porvenir de su pueblo. Olvidando estos postulados, cifrando únicamente en el paternalismo de las leyes los beneficios del progreso, el fracaso legislativo que en estas condiciones es irremediable, engendra la desconfianza de los go-

bernados hacia los gobernantes, la falta de asistencia pública, el pesimismo en todas las esferas de la vida, la preponderancia de los agitadores, y, finalmente, la era del malestar que se desborda en las revoluciones.

La costumbre, por el contrario, se caracteriza por ser una expresión de vida. Va de dentro a fuera, no de fuera a dentro como la ley. Se contradice Raoul de la Grasserie cuando considera que la costumbre se levanta sobre base insegura, a raíz de afirmar que se forma mediante un procedimiento de aluvión y que "el núcleo primitivo, alrededor del que se acumula, queda siempre" (1). La costumbre es telar de nociones jurídicas que enlaza actividades y fija relaciones. Una vez que surge el hecho primordial y se consolida por el hábito, la elaboración es un proceso de acrecentamiento y de acumu-

(1) Ob.cit. Página 388-

lación que ensancha los cauces indefinidamente pero sin rebasarlos nunca.

Cuando la conciencia jurídica popular se siente atraída por encontradas tendencias, la costumbre, puede lograr, por su mayor amplitud, mejor que la ley, el término medio que concilie—como dice Longo—las exigencias opuestas, de un modo práctico(1).

Graduación del estado social; la Estadística.

En la vida moderna, caracterizada por el tecnicismo y por la universalidad de relaciones, el pueblo suele ignorar los medios más adecuados para proveer a muchas de sus necesidades. La falta de un nexo orgánico que simplificara los modos de expresión de esas mismas necesidades, ha sugerido a la época individualista, que ya se esfuma, un procedimiento aritmético para graduar los estados de opinión; la Estadística, e-

(1) Cit. por Posada. Ob. cit. Pág. 143.

levada a la categoría de Disciplina científica, numerando y catalogando en serie todos los hechos sociales.

Pero la Estadística desconoce que no existen actividades individuales propiamente dichas, que es una abstracción la "voluntad general" de Rousseau, que existe un espíritu público que absorbe al del individuo, lo modela, lo contagia. Y la Estadística no puede agotar, trasladándolas a sus cifras, el cúmulo de relaciones que engranan la actividad del individuo en la de los círculos de la vida social.

"Las cifras estadísticas-dice Donnat-"gozan de una doble propiedad; son rígidas por ellas mismas, elásticas por las agrupaciones que de ellas se hace, de tal suerte que, cada día, en el Parlamento, a propósito de la mayor parte de las leyes, las oímos invocar en sentidos opuestos por los partidarios y los adversarios de los proyectos en discusión"(1). Por ese carác-

(1) La Politique expérimentale. Paris, 1885. Página 35.

ter de relatividad de sus cifras, la Estadística no puede proporcionar por sí misma la medida de la actividad de un pueblo. Solo la falta de un espíritu público vigoroso y de una vitalidad social expresada en las costumbres, ha sido causa de una exagerada generalización del procedimiento estadístico, ansioso del término medio en que se debate la rigidez del cálculo. "Menos reverenciadas las costumbres-sostiene el Sr. Canalejas, más fugaces en su vida, caen los hechos bajo el imperio de la Estadística, que investiga quizás con exceso el hecho privado, aún cuando lo hace a la sombra del interés público. Cuando nazco, cuando me caso, cuando muero, cuando compro, cuando permuto, cuando dono, cuando testo, cuando contribuyo, cuando me alisto en el ejército, cuando voto, siempre que mi actividad se ejercita, escribo uno o varios trozos en la cuadrícula de una o varias estadísticas..... Indícanle (al legislador) el terreno que han de robar los fuertes diques de la ley al mar proceloso de la es-

ponencia social, y qué cauces urge abrir a corrientes subterráneas, hoy iluminadas por la publicidad, para que, comprimidas o desbordadas, no socaven los cimientos en que se apoyan los Poderes"(1)/

En este sentido, la Estadística es un auxiliar en la apreciación de los movimientos sociales, pero no llega por sí sola a la entraña de los mismos. Sujetándose al criterio de March, que consiste en "observar individuo por individuo y lo menos posible por masa"(2), es incapaz de ver el influjo social que transforma el alma del hombre.

Las ficciones legales como elementos de continuidad del Derecho.

El constante cambio de instituciones legales crea en el

(1) Disc. cit. sobre la generación y vida de las leyes.

(2) March y otros. - De la méthode dans les sciences. 2e. série. Paris, 1911 - Página 336. -

pueblo habito de desobediencia, pues llegan a considerarse como inútiles leyes que necesitan cambiar constantemente. La ley necesita el prestigio de la tradición. "Recordemos aún-ha dicho H. Spencer-que la ley, escrita o no, formula la autoridad del muerto sobre el vivo"(1).

No es que sostengamos la inmutabilidad de la ley, sino todo lo contrario. Entre lo inmutable y lo variable está lo continuo. Cabe un desarrollo ininterrumpido de un principio legal o consuetudinario. Cabe asimismo una variación legal respetuosa con las creencias populares. Y este último objeto lo cumple la fiestación.

Hasta tal extremo llega el respeto a las leyes viejas que a veces es preciso simular la conciliación entre una nueva necesidad que surge y un orden de Derecho preexistente. De aquí las ficciones legales, "término que se emplea-dice Summer Mai-

(1) Ob. cit. Pág. 687.

ne-"para designar toda afirmación con que se oculta o trata de ocultar la alteración hecha en una regla de Derecho, cuya aplicación cambia, pero cuyo texto subsiste"(1), o "para conciliar-dice Spencer-una obediencia aparente con la desobediencia real"(2).

El Sr. Bonilla no halla otra explicación a las ficciones jurídicas que la timidez legislativa que pierde el sentido de la relatividad del Derecho y considera como un crimen alterar su economía(3). Sin embargo, la ficción permite la continuidad de estados jurídicos y es como el anillo de tránsito de un Derecho a otro. En este sentido, puede aplicarse aquí la afirmación de Chassan que, refiriéndose a las legislaciones avanzadas, dice que las ficciones no pueden confundirse con las mentiras groseras(4).

(1) Ob. cit. Cap. I.

(2) Ob. cit. Pág. 695.

(3) Disc. de recep. de D. Adolfo Bonilla y San Martín en la R. Academia de Ciencias Morales y Políticas. 1º Diciembre 1912.

(4) Ob. cit. Pág. 48.

La ficción-dice el Sr. Alvarez del Manzano-"es un medio de resolver los conflictos del Derecho, impuesto por las circunstancias al legislador, como preciso para mantener la convivencia social....La ficción verdadera no es mentira; si dice una ley que el testador "será tenido por muerto" en el instante de ser sometido a cautiverio, no afirma, ni mucho menos, que haya muerto, en contra de la realidad, lo cual sería mentira, sino que se considerará como si hubiese muerto, lo cual es una verdad jurídica"(1).

Pero no es la ficción civil, basada en las presunciones, la que nos interesa, sino la ficción legal que se funda en el respeto a los precedentes jurídicos. Mediante ella, las renovaciones del Derecho son lentas y parciales, en paralelismo estrecho con la evolución de la mentalidad y de la psicología sociales. Como un fenómeno de espontaneidad social explica Duguit la exégesis sabia y sutil del texto legal, con un sentido y alcance en los cuales el

(1) Contestación al Discurso citado del Sr. Bonilla.

legislador no había pensado al redactarlo(1).

Si al surgir un hecho nuevo, hubiera de modificarse inmediatamente la ley, pronto la nueva que se dictara sería molde estrecho para contener el fluir incesante de la vida; no existiría así Derecho estable. Por eso es preferible que sea la misma actividad espontánea del pueblo la que provea, mediante el órgano jurisprudencial, a las necesidades nuevas, sirviéndole solo la ley de índice y de impulso, pero sin que se rompa la unidad externa del Derecho. Cuando la multiplicidad de casos nuevos y la persistencia de manifestaciones colectivas, tejen una nueva trama en la vida de las costumbres, la ley puede variarse sin producir escándalo y recoger abiertamente la tendencia social formada al amparo de las ficciones legales.

La jurisprudencia-lo repetimos, mediante un arbitrio algo amplio establece la ecuación entre la ley y las necesidades.

(1) Las transformaciones gales. del Derecho privado. Trad. de Carlos G. Posada. P. 9.

La costumbre contra ley, elemento de progreso jurídico.

Hemos considerado a las ficciones legales desde el punto de vista de la función que representan en el campo de aplicación de las leyes.

Como todo nuestro estudio se refiere a las relaciones que median entre el Derecho y la vida, a sus mútuos influjos y penetraciones, cabe mencionar aquí sin pretender ceñir el tema en la amplitud de su contenido, sino considerarlo en el punto de conexión con el enunciado de esta Memoria-la cuestión interesantísima de la costumbre contra ley.

Bajo dos aspectos puede considerársela: como expresión de un orden jurídico que pugna con una necesidad nueva, a la que provee la ley, o como resultado de una evolución vital contra una ley anquilosada y arcaica. En éste último sentido, la costumbre contra legem es una revelación de vida jurídica espontánea y un elemento de progreso social. Así es como podemos hacer nuestra

la frase de Ch. Cézair-Bru: "...la fuerza creadora supone la fuerza destructora, si el estado nuevo creado es contrario al estado antiguo"(1).

La codificación y la costumbre.

La tendencia codificadora se funda en la simplificación de normas jurídicas. No es antitética de la costumbre, si tenemos en cuenta que los Códigos no deben de ser imposiciones arbitrarias de principios abstractos, sino organización de instituciones jurídicas que han mostrado una larga vida. En el influjo simultáneo, de que habla Savigny, del elemento técnico y del elemento político del Derecho, es donde hay que buscar el enlace entre la codificación y la espontaneidad social.

Se presenta Stammler la cuestión de si son o no irreductibles ambos elementos, a los que supone moviéndose en esferas independientes, y afirma que queda también en la oscuridad la cues-

(1) La méthode d'interprétation du droit civil. La coutume et le droit comparé. (Revue générale du droit, 1904)

ción relativa a la manera en que "pueda trabajarse en una codificación sobre lo uno ,lo político, sin tocar siquiera y poner en movimiento aquella otra segunda parte; la técnica"(1). Pero cuando Savigny estudia el proceso de la codificación ^{no} hace con un criterio tan estrecho como el que ordinariamente se le atribuye. No vé en los Códigos síntesis arbitrarias de Derechos opuestos, ni amalgamas o yuxtaposiciones de leyes contradictorias o diversas, ni transacciones entre principios diferentes, que al perder su individualidad pierden también la posibilidad de reflejar una vida jurídica. Savigny vé en los Códigos elaboraciones orgánicas, precedidas de una corriente vital que unifica las prácticas y las costumbres. Entonces es oportuna la intervención de los técnicos para "descubrir la íntima relación y la afinidad que

(1) La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio. El método, por R. Stammler. Trad. de R. Atard. Madrid, 1908. Página 216.

tienen con todos los principios y teoremas jurídicos"(1), purgando la costumbre, desvaneciendo dudas en las aplicaciones, manteniendo una dirección única y duradera entre las varias que desarrollan su influencia. Así puede discurrirse por extensión acerca del espíritu de la escuela histórica, aplicando a las codificaciones lo que ella afirmó de la legislación en general.

"¿Porqué combatió la escuela histórica, porqué combatió Savigny-pregunta el Sr. Costa-con tanto ardor y con tanta pasión las codificaciones? Porque en aquel entonces, la escuela contraria consideraba los Códigos como textos inmutables, sagrados, infalibles, en presencia de los cuales quedaba derogado por el Estado de un modo irrevocable, todo Derecho que no estuviera contenido en ellos, ahogado todo impulso creador que se manifestara en el seno de las colectividades, y detenida la humanidad en el cami-

(1) De la vocación de nuestro siglo, etc. Edición cit. Pág. II.

no del progreso, obligada a vivir perpetuamente en el pasado..., pero hoy las dos escuelas (histórica y filosófica) se han aproximado y no constituyen ya sino una sola; ni los históricos, empíricos del Derecho, reprueban la "codificación", ni los filósofos hacen de los Códigos declaraciones dogmáticas, extrañas e innecesarias a toda mudanza" (1). Concebida, pues, la Codificación como un principio coordinador, encuentra en la costumbre su natural afluente. Durán y Bas dice que cuanto mayor extensión tenga el precepto de una ley, tanta mayor será la necesidad de que la conciencia del pueblo dé forma concreta a la práctica de las reglas de Derecho. "Tal vez al completar el Derecho escrito-añade-lo modificará algún tanto; tal vez vendrá a injertar algo que tenga el mismo valor que el precepto de la ley; y entonces, formando una verdadera unidad el Derecho escrito con el consuetudinario, ambos se comple-

(1) La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses. Capítulo VI(V).

tarán sin antagonismos ni desigualdades que podemos llamar jerárquicas"(1).

Por lo demás, las dificultades que encuentra la codificación no ~~son espontáneas~~^{están} siempre en la costumbre. La codificación del Derecho Administrativo, que es el menos espontáneo y casi de exclusiva elaboración legal, encuentra acaso mayores dificultades que la misma codificación del Derecho Internacional Público, en el cual la costumbre y el uso han llegado a elaborar normas de común observancia entre los pueblos civilizados. El caso legislativo es el mayor obstáculo que encuentra un Código, mientras que un espíritu popular despierto y vigilante unifica en tendencias generales la diversidad de las corrientes jurídicas.

(1) La Codificación y sus problemas. Barcelona, 1889. Pág. 160.

Teniendo presente que los Códigos no deben de expresar más uniformidad que la existente en la vida, no siempre será oportuno que señalen normas imperativas sino que deberán completar sus principios generales con leyes supletorias que garanticen el normal desarrollo de las instituciones locales y gradúen el tránsito de la diversidad a la unidad. Es oportuno recordar, a este propósito, lo que dice Lambert acerca de las tendencias unificadoras a que aspira el método de interpretación por los principios: "Nuestras aspiraciones hacia una estabilidad perfecta de las instituciones, están inexcusablemente contrariadas por otras exigencias, más imperiosas todavía, de la vida social, especialmente por las necesidades en que el Derecho se encuentra de plegarse sucesivamente a las metamorfosis incesantes del organismo que rige. Las transformaciones del mecanismo económico de la sociedad y los progresos de la mentalidad colectiva de los grupos humanos

tienen su repercusión, de algún modo automática, sobre el Derecho. Su reacción se traduce por una serie de movimientos espontáneos de la práctica que disminuyen momentáneamente por su clandestinidad y la retroactividad de sus efectos, la seguridad de las relaciones del Derecho"(1).

2-Influjos de la jurisprudencia.

La jurisprudencia expresa todas las renovaciones de la vida social. Es el órgano transformador del Derecho, a impulso de las costumbres y de los usos que recogen todas las vibraciones del ambiente. Ley sin jurisprudencia que la adaptara sería fórmula muerta, precepto estéril en las ambigüedades de la especulación o anquilosada en las rigideces del casuismo(2).

(1) Le Droit civil et la législation ouvrière (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence. Paris, 1904).

(2) Se ha dicho que la ley no es más que una iniciación de lo que real y definitivamente ha de ser estatuido luego. (C. de Diego. Ap. de Derecho civil español, común y foral. Madrid, 1910. P. 510 del T. I)

La misión del juez es, además, creadora en cierto modo. El Sr. Díez Enriquez, comentando las Sentencias del "buen juez" Magnaud, escribe: "La sentencia para Magnaud, no es, pues, una fórmula escueta, uniforme, deficiente, en la que únicamente se reflejan los caracteres de la ley aplicada.... sino que es la expresión condensada de una realidad, viva, palpitante, que emociona, que indigna, que convence, que identifica al lector con el Juez, porque contiene la armonía del sentimiento y la razón, suprema síntesis de la Justicia" (1).

No siempre es posible, como generalmente se cree, poner en relación el hecho concreto con la ley preexistente, pues falta adecuación entre uno y otro. En los hechos aienta una modalidad tan característica que los invisten de un carácter especial, en pugna con las previsiones legales. El análisis psicológico de un ac-

(1) Prologo a la trad. castellana de las "Sentencias del Magistraldo Magnaud", reunidas y comentadas por H. Layret. Madrid, 1904

to destruyae frecuentemente la condensación de notas y de caracteres estereotipados en el texto de la ley. Todo precepto jurídico-diría Kohler-es de naturaleza tornasolada(2).

El concepto de Montesquieu, clásico en la historia constitucional, de considerar al juez como un ser inanimado, inactivo, que se limita a aplicar la ley, envuelve un absoluto desconocimiento de la realidad jurídica. Si el juez no fuera llenando constantemente el abismo que separa con frecuencia la realidad de la ley, esta sería ficción monstruosa y llegaría a carecer de valor. El principio de Montesquieu supone, además, que la legislación ha de ser casuística, detallada, minuciosa hasta abarcar todos los conflictos y todos los litigios posibles. No vé en la ley la norma general, sino el molde estrecho de la vida. De ahí su concepto del juez: "boca que pronuncia las palabras de la ley, sin pretender mo-

(1) ~~Prólogo a la trad.~~ Filosofía del Derecho e Historia universal del Derecho. Trad. de Castillejo y Duarte. Madrid, 1910. Pág. 53.

derar su fuerza ni su vigor"(1).

Concebida así la Jurisprudencia¿cómo puede decirse de elle que es fuente del Derecho?¿De donde fluye el precepto, qué novedades expresa, qué sustancia viva incorpora a la realidad legal, si es, por el contrario, la disposición establecida a priori la que intenta encerrar en sus mallas estrechas todas las renovaciones de la vida?

No hay así posibilidad de razonar las leyes. Permanecerán inmutables cuando todo cambia alrededor. Entre la ley y la costumbre, faltará el conducto que las relaciona, impidiendo que la primera se petrifique y que la segunda se descarríe o se corrompa.

"La costumbre-dice Le Bon-es consecuencia de las necesidades sociales, industriales y económicas de todos los días; la jurisprudencia, las fija; la ley, las sanciona. Pero lo que sanciona la ley es el estado social del momento; las civilizaciones, sobre todo hoy, evolu-

(1) Vid. Cruet.-La vie du Droit et l'impuissance des lois/Paris, 1908. Página 21.

cionan más rápidamente que las leyes. La jurisprudencia interviene entonces para modificarlas según las nuevas costumbres que se establezcan"(1). Puede decirse que si la ley contribuye en algunos casos para que la costumbre no se estanque-(en otros, como hemos visto, la costumbre es renovación y la ley es quietismo-), la jurisprudencia contribuye a la renovación de la ley y de la costumbre.

La absurda división de Poderes quiebra en muchas ocasiones, pero quizás nunca de un modo tan violento como cuando se considera que la jurisprudencia, si no tiene sustantividad, coloca al Poder que la elabora en situación de dependencia con respecto al Poder legislativo, del cual se convierte en mero agente, y si la tiene-como, en efecto, ocurre-implica una esfera de atribuciones legislativas en la cual se desenvuelve. Como dice Perreau, la jurisprudencia construye al margen de los Códigos teorías enteras, y la misma abundancia de textos legales y su mútua limitación hace que los Tri-

(1) La Psicología política y la Defensa social. Ed. cit. Pág. 50.

bunales posean prácticamente un derecho muy próximo al de abrogación o derogación(1). A medida que la vida se muestra más fecunda en hechos nuevos, la jurisprudencia flexible y realista siente la necesidad de elaborar fórmulas aplicables. Y, al mismo tiempo, la ley recibe el caudal de sus renovaciones del cúmulo de datos que suministra la jurisprudencia.

El juez, por otra parte, es símbolo vivo de un estado social. El, mejor que nadie, en constante contacto con las imperfecciones de la vida, con las exigencias de la realidad, puede apreciar las variaciones de la mentalidad de su pueblo en relación con el grado de cultura social.

Toda la comprensión de la jurisprudencia estriba en considerarla como revelación del estado de un pueblo. En el orden penal, por ejemplo, el individuo que delinque no es sujeto independien-

(1) Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé. Revue trimestrielle du droit civil. T. X., 1911.

te de todo influjo social; en él obran una serie de estímulos de educación, de hábitos, de tendencias del medio. "El juez encargado de aplicar la pena en nombre de la sociedad-dice Magnaud- Información del Figaro, 1900-que persigue la represión de un quebrantamiento de la ley, no debe contentarse con buscar solamente la intención culpable, las causas de irresponsabilidad o las circunstancias atenuantes directas, sino examinar además si el acto punible no será el resultado, al menos indirecto, de alguna laguna social" (Inserta en la ob. cit. Página 337).

Resulta, por tanto, exacta la observación de Geny cuando dice que la ley es una esencia psicológica envuelta en una atmósfera social que señala o acusa sus contornos(1). El juez recoge ese ambiente.

(1) Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo. Trad. de la Bibl. jurídica de Autores españoles y extranjeros. Madrid, 1902. Página 259.

Es error profundo ~~sup~~supinar que el caso concreto no presenta modalidades tan características que hacen insuficiente o inadecuado el precepto legal. Los conflictos entre la Moral y el Derecho, que a veces se reducen a pugilatos entre el espíritu y la letra, entre lo sustancial y lo adjetivo-y suelen resolverse, por cierto, en beneficio de lo accesorio y en contra de lo principal-las colisiones que se entablan en el espíritu del juzgador entre la convicción y la prueba, entre la realidad y la apariencia, y que no pocas veces expresan el triunfo del fraude o de la astucia, no serían posibles si la jurisprudencia, en su doble aspecto reparador de injusticias y credor de ciertos derechos concretos, hallase vías expeditas para manifestar su influjo y expresar su vida.

No se nos oculta las dificultades prácticas que tiene este sistema. Pero lo creemos preferible, desde el punto de vista de la función social del Derecho, "Lo que se llama el arbitrio ju-

dicial-dice el Sr.Minguijón-es un peligro,pero es tambien una necesidad.La jurisprudencia recoge los primeros efluvios de la conciencia social,y es,como dice Lambert,el agente mecánico de la transformación del sentimiento jurídico en normas de Derecho.Por su intervanci6n se transforman los simples usos,los hábitos de comercio,las conveniencias,en verdaderas costumbres jurídicas sancionadas por el orden permanente de ejecución"(1).

La jurisprudencia,además,expresa un proceso asimilativo de las costumbres,que hace posible la transfusi6n constantemente renovada y fluída de la conciencia del pueblo en la obra legal."Las determinaciones jurídicas"afirma Del Vecchio-se manifiestan primero rebus ipsis et factis,esto es,en las costumbres que efectivamente de ordinario se siguen,y después,poco a poco,con el trámite de las particulares decisiones sobre los casos concretos,se tradu-

(1)La responsabilidad civil extracontractual.Tesis doctoral.Madrid,1906.Página 44-

cen y afirman solemnemente en fórmulas racionales que constituyen propiamente las leyes"(1).

No falta quien, con sentido contrario, considere que la costumbre no se engendra sino en virtud de la jurisprudencia. Esta es, en parte, -nada más que en parte- la significación de los themistas, a que ya nos hemos referido. Esta es también la significación moderna de M. Lambert cuando afirma que la costumbre no es producción espontánea, sino influjo razonado de las prácticas del Derecho. Claro es que ese criterio estriba en una distinción vigorosamente matizada entre el uso y la costumbre(2).

(1) El concepto del Derecho. Ed. cit. Capítulo III.

(2) Desde el punto de vista de la intención jurídica no cabe duda que se distingue el uso de la costumbre, pero en la realidad, de tal modo se articulan las prácticas sociales y las expresiones jurídicas que bien puede decirse que el uso es el elemento orgánico de la costumbre, como el acto repetido es el núcleo originario del uso. O como expresan las Partidas: "Ca bien como de las letras nasce verbo, é de los verbos parte, é de la parte razón, así nasce del tiempo uso, é del uso costumbre, é de la cos-

El método de la escuela histórica ha puesto de relieve la necesidad de la investigación empírica, como dice Stammler, para sentar los fundamentos del Derecho. Esa investigación la realiza la jurisprudencia, basada en el método inductivo y fecundada por la experiencia.

tumbre fuere² (lay 1.^o Tit. 1.^o de la Partida 1.^o). Y cuando refiriéndose al fuero lo considera como una concordancia del uso—"porque los homes se fagan a él, é lo guarden"—y de la costumbre—"que les sea así como manera de heredamiento", para lo razonar e guardar" (Ley 7.^o idem)—parece que se marca la distinción entre el hecho y la norma. Pero estas son ideas que se deslindan claramente en el desenvolvimiento jurídico, y que en el origen es algo difícil distinguir. Dejamos a salvo la cuestión referente a la justicia tanto en la costumbre como en el uso, pues no cabe duda de que, como se ha advertido, la simple repetición, por continuada que se la suponga, no engendra lo justo si el primer acto estaba desprovisto de esa cualidad. En el orden positivo, que estudiamos, los actos repetidos engendran la costumbre, y en este sentido parece exagerada la opinión de Lambert que no vé la espontaneidad social sino a través de la consagración judicial. Lo que ocurre es que el Derecho establecido por una decisión judicial acerca de una costumbre preexistente engendra una regla especial de Derecho; el jus moribus constitutum, a que se refiere Austin en su Philosophie du Droit positif (Trad. franc. de Henry. Paris, 1894).

Así la jurisprudencia es manantial de vida, de una vida siempre renovada. Cuando Canalejas habla de una jurisprudencia regional, que "hace que la vida jurídica, mediante interpretaciones de las leyes, no sea igual ni uniforme", nos dá a entender la necesidad de que un órgano vivo refleje la variedad de matices del alma de un pueblo. Así como la ley es una, la característica de la jurisprudencia es la variedad, que se expresa en una serie matizada de actos, en los cuales se revela desde la influencia religiosa, histórica y educativa hasta el factor climatológico y fisiológico, desde las impulsividades del temperamento hasta las refinadas depuraciones que imponen los hábitos de la cultura y del medio.

Ademas, la interpretacion jurisprudencial tiene un carácter progresivo que la aleja lentamente del texto legal. Al principio se amolda a él, pero las sucesivas manifestaciones de la jurisprudencia tendrán tan en cuenta la interpretación anterior como la ley que tratan de aplicar. Y lentamente la jurisprudencia llega a or-

ganizar una vida independiente.

La institución del Jurado no expresa otra cosa que el juicio moral que del hecho punible forma la Sociedad, y al cual corresponde un Derecho determinado. Indica, por tanto, la colaboración de las actividades legales con las tendencias existentes en una colectividad. También por este lado reciben las aplicaciones de la Justicia un aura social. Y claro está que al consignar esta afirmación no pretendemos formular juicio alguno acerca de esta institución, sino referirnos simplemente a una manifestación de la vida en la ley aplicada.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés - en el orden ejecutivo, la del Supremo Tribunal norteamericano, la que elaboran los órganos de la justicia inglesa, manifiestan el predominio de los principios de la equidad y de las apreciaciones y conceptos sociales sobre las prescripciones de la ley.

El arbitrio judicial, lejos de moverse con libertad ilimitada, encuentra sus límites negativos en la ley. La ley no debe decir al Juez lo que puede hacer, sino lo que le está prohibido hacer. "Sería ciertamente-dice el Sr. De Diego-un contrasentido, una contradicción in terminis que la ley prohibiese los contratos contrarios a las buenas costumbres y el abuso en las relaciones de Derecho familiares, y mandase cumplir las obligaciones Wach Treve und Glaube, y luego admitiese como norma el libre arbitrio del Juez para juzgar si en los casos concretos se habían cumplido tales mandatos y prohibiciones"(1). Y es que la necesidad del arbitrio judicial, que aparece de relieve en la moderna doctrina del abuso del Derecho, en la cual toca al Juez el análisis complejo del acto, como dice el Sr. Calvo Sotelo, encuentra también su límite en el "sistema general de Derecho, estatuido por la doctrina y por la jurisprudencia"(2).

(1) La función jurisdiccional de los jueces. Rev. de Dcho. Privado, n.º 13.

(2) La doctrina del abuso del Derecho. Madrid, 1917. Madrid-P. 100 y 1.

Consideración de la obra del Pretor y de la del moderno juez inglés.

El ejemplo de todo el pasado-ha dicho Geny-muestra mejor que todo razonamiento la necesidad de un órgano flexible que remedie las insuficiencias de la ley. Ese órgano fué, en Roma, la interpretatio de los juristas y el poder pretorio; en la Edad Media, la costumbre y los Tribunales populares; en los tiempos modernos ha estado representado" por el pensamiento filosófico traducido por las doctrinas del Derecho natural y penetrando en los jueces, influidos del espíritu científico"(1) La elaboración por vía doctrinal-agrega-preparando directamente la labor de la justicia práctica, puede hoy ser el intérprete de las ideas sociales.

La misión del juez como órgano de transformación jurídica y vehículo de renovación social, resplandece singularmente en la o-

(1) Ob.cit. Página 622.-

bra del Pretor.

Los romanos encontraron un medio de harmonizar la obra legislativa de las XII Tablas con las exigencias cambiantes y multiformes de la vida. La ley es núcleo fijo alrededor del cual se desenvuelve un espíritu de reforma, y dista tanto de ser fórmula inmutable para todos los casos y los tiempos como de ser precepto relativo y circunstancial llamado a desaparecer cuando surge la menor dificultad de aplicación. Combinándose la norma escrita con los factores sociales, existe la compenetración necesaria entre la obra reflexiva y la espontánea, entre el espíritu que acumula experiencias y el espíritu que impulsa las novedades. El pueblo romano urdió sabiamente estos principios en la prodigiosa trama de su Derecho.

Al lado de la ley de las XII Tablas los jurisconsultos formularon sus interpretaciones. Así se operó suavemente el progreso

jurídico, apoyándose unas reformas en otras reformas, unas interpretaciones en otras interpretaciones, alejándose así paulatinamente el Derecho de su punto de partida sin romper nunca la continuidad.

Los ojos de la plebe no se apartaban del modelo inmortal de su legislación primitiva. Las mismas costumbres, el mismo ambiente social, eran, sin embargo, los que, sin darse cuenta de ello, fueron alejándose de aquel modelo. Y se hizo preciso conciliar el prestigio del precedente, que irradiaba luz, fuerza y honor, con las nuevas condiciones de vida que creaba una atmósfera jurídica diferente. Solo la perspicacia de los jurisconsultos pudo establecer la coordinación fecunda, de un modo tan exquisito, con tal tacto en el procedimiento y tal agudeza en el sentido que el mismo Cicerón, siglos más tarde, podía abandonarse, como advierte Ihering, a la ilusión de que no había existido sobre la tierra una obra más perfecta.

fecta que la legislación de las XII Tablas. Solo veía-dice el jurista alemán-lo que ella había llegado a ser; su origen se le escapaba(1).

En el moderno sistema constitucional se pretende evitar el peligro que entraña el desbordamiento de la autoridad del Estado por medio de una división de Poderes, tan absurda desde el punto de vista de los principios como ineficaz en el orden práctico. Los romanos vieron la necesidad de garantizar el ejercicio de la función judicial por medio de un procedimiento orgánico que excluyera el mecanismo de los contrapesos y ponderaciones de Poderes. Y la garantizaban por medio de una coordinación de actividades que encontraba sus naturales limitaciones en la misma ordenada proporción de su estructura. A este criterio responde el establecimiento del sistema formulario.

(1) Ob.cit. T. II. -Página 65.-

Los romanos estatuyeron una división de funciones judiciales respondiendo, como dice Ihering, al sistema de un control moral, que, repartiendo entre el Pretor y el Juez la apreciación de los casos, alabó una jurisprudencia flexible, renovadora, sustraída a todo criterio de parcialidad e inspirada en ideas equitativas. La fórmula del Pretor adaptaba la ley a la causa mediante una norma de objetividad; el procedimiento judicial la adaptaba según el criterio formado en la apreciación del caso y de las circunstancias personales que en él concurrían. La fórmula era la armonización de la ley con el tiempo, según normas generales; el procedimiento era la armonización de la fórmula con el caso concreto.

No solo influyeron el Pretor y el juez en la transformación jurídica aplicable a la vida, sino también en la evolución científica del Derecho.

Fundándose Summer Maine en la "Instituta" justiniana, nos m

muestra el nacimiento del jus gentium al lado del jus civile. El origen del primero hay que buscarlo en las reglas comunes "a Roma y a los distintos Estados italianos de que procedían los extranjer-ros". Lo que al principio era considerado como un innoble apéndice del Derecho civil, fué mirado como modelo de todo Derecho "cuando la teoría griega del Derecho natural fué aplicada en Roma a la administración práctica del Derecho común a todas las naciones". La idea griega del Derecho de la naturaleza la presenta el autor citado desentrañando el contenido de esta palabra-naturaleza-que "designó primeramente el mundo físico considerado desde el punto de vista de la manifestación de un principio" y posteriormente "extendieron el sentido de la palabra hasta hacerla abarcar, no solamente la creación visible, sino las ideas, las prácticas y las aspiraciones del género humano". Así el Derecho de gentes se humaniza, adquiere personalidad independiente y crea un tipo jurídico que aspira a la perfección, o, como dice Carle "cada vez más admirablemente armónico y

proporcionado en todas sus partes" (2).

Pero esta transformación necesitó un agente activo que le diera realidad práctica; fué el Pretor. El praetor peregrinus surgió para regular las relaciones entre ciudadanos y extranjeros, y así se originó el jus feciale, en el cual encuentra su precedente nuestro moderno Derecho Internacional. Las distintas Preturas dieron testimonio de la difusión jurídica en todos los órdenes.

Así realizó la jurisprudencia romana la obra de transformación y de progreso jurídicos, conciliando la unidad con la flexibilidad del Derecho y sirviéndose del Pretor para realizar las adaptaciones necesarias.

La prudencia más certera presidió esta transformación. La hábil dualidad del Edicto traslatitium y del Edicto novum garantizaba la conservación del Derecho al mismo tiempo que impulsaba su progreso. El Pretor-dice Saleilles-consagraba una novedad "merced

al periodo de un año en que regía, sin perjuicio, después del experimento de llevarlo a la parte consolidada del Edicto"(1).

Solo cuando el caos llega a apoderarse de la obra del Pretor, introduciéndose la confusión por el cúmulo de adiciones anuales, surge el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, con carácter de compendio, como el remate de una obra lenta que, según Summer Maine, había llegado a formar "el cuerpo entero de la jurisprudencia de equidad".

Pueblo tan consuetudinario como el inglés había de seguir huellas parecidas. En nuestros días representa fielmente el respeto a la tradición y la subordinación de la vida legal a las evoluciones de la realidad.

En su régimen político se pone de relieve esta característica. "La Constitución -decía De Maistre, refiriéndose a Inglaterra- es obra de las circunstancias, y el número de circunstancias es infinito. Las leyes romanas, las leyes eclesiásticas, las leyes feudales

(1) Prólogo a la obra citada de Geny.

las costumbres sajonas, normandas y danesas; los privilegios, los prejuicios y las pretensiones de todos los ordenes; las guerras, los disturbios, las revoluciones, las conquistas, las cruzadas; todas las virtudes, todos los vicios, todos los conocimientos, todos los errores, todas las pasiones; todos estos elementos en fin, agitándose juntos, y formando, por su mezcla y su acción recíproca, combinaciones múltiples por millares de millones, han producido en fin, después de muchos siglos, esta unidad tan complicada" (1).

En este poder de los recuerdos, que, según David Hume, es, juntamente con el espíritu público, síntoma tranquilizador acerca de los destinos de Inglaterra, y en el imperio de los usos, costumbres y convenciones de que hablaba Mr. Asquith, reside el nervio de la organización política de la Gran Bretaña.

El órgano judicial ha sido el encargado de realizar esas adap-

(1) *Principe générateur des cons. polit.*, XII. Cit. por Grandelaude "Principes du Droit public" Paris, 1872. Pág. 168-69.

tación constante. El resumen en cierto modo de los tres poderes políticos porque el Lord Chanciller es jefe de la justicia, presidente de la Cámara de los Lores y Miembro del Gabinete (1) De ahí el ambiente de independencia en que se desenvuelve la función judicial, siempre en contacto con todas las necesidades ~~esp~~ inspirándose en criterios prácticos. No hay ninguna necesidad- dice Le Bon- de modificar las leyes, ya que es el mismo magistrado ~~que~~ las transforma (2).

Los mismos organismos políticos, como advertía Macaulay no se preocupan de la simetría, ni establecen jamás una proposición más larga que el caso particular al cual se remedia "Una ley en Inglaterra- dice Cruet ~~es~~ siempre hecha para ser aplicada, porque res-

(1) Roig y Bergadá estado actual de la Admon. de justicia en España. Conferencia pronunciada en R.A. Jurisprudencia el día 25 de Enero de 1919.

(2) La Psicología Pol. y la Defensa social. Ed. cit. Página 50.

pone un fin concreto e inmediato"(1)

Toda la jurisprudencia se elabora en el seno/mismo de la vida y recorre el ciclo de la costumbre y de la ley solo como puntos de apoyo para llegar a formar la norma de equidad inspirada en los hábitos sociales y en la conciencia pública. El Common law y el Statute law encuentran en la Equity law su natural desemboque..

=====

(1) ob.cit. Pag. 300.

CAPITULO CUARTO

LA ELABORACION SOCIOLOGICA DEL DERECHO

Ciencia social y Ciencia del Derecho;El método inducti-
vo de la Sociología y el método histórico de la Juris-
prudencia.

Todas las armonías entre el Derecho y la vida se resuelven dentro de la Ciencia en una fecunda compenetración entre la Sociología y la Jurisprudencia.

Con el empuje de todos los movimientos nacientes ha señalado la primera una tendencia a la absorción de la segunda.

Así como en la doctrina Krausista, el Derecho se considera como el orden universal de la vida, la moderna doctrina de algunos sociólogos hace de la Sociología una síntesis, de la que el Derecho, la Moral y la Economía solo son capítulos.

(1) Durkheim es el representante más caracterizado de esta ten -

Preciso es afirmar como "supremo criterio directivo" los principios metafísicos universales de la Filosofía del Derecho y no la Sociología a la manera de Anziòttag (1). Los aspectos positivos y determinados del Derecho son, sin embargo, inseparables de la Ciencia social. Lo que denomi Savigny" elemento político" del Derecho es producto de la v

tencia sociólatra. Lejos de ver como Tarde en el hecho social un fenómeno imitativo, o, como dice Raoul de la Grasserie, el resultado de la moda, cree su poder de expansión no es la causa, sino la consecuencia de su carácter sociológico" (Les regles de la méthode sociologique. 3e. édition. P. 16). De modo que es indiscutible su realidad objetiva. Esta tendencia anuladora de la personalidad es incapaz de explicar los influjos individuales de la vida. No es un gran hombre- dice Duguit- el que hace una sociedad; es la sociedad la que hace a su gran hombre" (Le droit constitutionnel et la Sociologie. Revue Internationale de l'enseignement 1889. 2º) Esta doctrina no puede explicar el origen del Derecho, si se tiene en cuenta que mientras no se propagaron las primeras manifestaciones individuales no pudo fundarse el hecho social ni el Derecho.

(2) La Filosofía del Diritto e la Sociologia. Firenze, 1892.

da, de tal manera que el Derecho mas que como una norma de existencia surge, en este respecto, como una expresión de la existencia misma. Una vez sentados los precedentes y asimilados por una comunidad el Derecho, normalmente, no es producto de un plan razonado, " sino que brota como dice- Etal- de un trabajo latente e inconsciente del genio nacional; surge para satisfacer necesidades puesta de manifiesto por la experiencia" (I).

Y² aquí las intimas relaciones entre el Derecho y las sociedades, que ha puesto de relieve la Sociología. Al influjo de esta ciencia sobre la Ciencia de la legislación es lo que denominamos "Elaboración sociológica del Derecho", que estudiamos

(I) Historia de la Filosofía del Derecho. Trat. de trat. y Prologo de Gil y Robles. Madrid, España Moderna P. 665.

en este capítulo como una manifestación de la espontaneidad en el organismo jurídico.

Preminaba en la Jurisprudencia hasta la aparición de la escuela histórica aquel método abstracto, a que se refiere Geny, de construcciones puramente lógicas⁽¹⁾ incapaz de penetrar una concepción positiva del Derecho y de encontrar derechos diferenciados según la vida social de cada núcleo humano. Todas las tendencias orgánicas de la Filosofía, el método de observación de los positivistas, el criterio nacionalista de la escuela histórica y el criterio biológico de la Sociología señalaron una reacción, exagerada en varios extremos, contra los conceptos jurídicos roussonianos, reacción que vino a demostrar la nece-

⁽¹⁾ Ob. Cit. P. 180.

sidad de poner de acuerdo a la ciencia con la vida.

En el grupo de las ciencias sociales el método inductivo de la Sociología puede considerarse como una prolongación del método histórico de la jurisprudencia. Resulta interesante para nuestro estudio la consideración de este punto.

El método de la escuela histórica ¿ ha pretendido profundizar los fundamentos del Derecho, o se ha limitado a la investigación de los desarrollos de la idea jurídica en el tiempo, sin pretender innovar el concepto básico de esta ciencia? La observación nos indica que en el Derecho, como en toda Disciplina científica, hay un aspecto que interesa al historiador. En el Derecho, sin embargo, la historia es algo vivo y real ; todos los precedentes son puntos de sustentación de concepto integral jurídico.

Por eso creemos que no pueden repetirse sin reservas las palabras de Sthal, que hace suyas Gil y Robles, cuando dice

que el proposito de los historicos " no fue el de fundar una escuela filosofico-juridica nueva, sino el de estudiar y penetrar el aspecto historico de la legislacion , circunscribiendose a la jurisprudencia positiva" (I). En toda su amplitud esta idea acaso no resulte exacta. ES cierto que los historicos se proposieron solo el estudio del caracter positivo del Derecho, pero ese estudio que exigia un metodo adecuado y una investigacion compleja y profunda, justificaba la existencia de una escuela, cuyos partidarios concibieron el Derecho positivo como una cosa continua, nacida del manantial de la conciencia popular y acrecentada en el transcurso del tiempo con adquisiciones que señalan el grado de desenvolvimiento social.

" El Derecho es pues enfrente - dice Picard- es abajo. Trabaja abajo a la vez los restos del pasado y los saltos hacia el futuro. Su

(I) Prologo de Gil y Robles a la Ob. Cit. de Esthal.

lesu evolución pierde así, en parte, la libertad que se le supone. Puede decirse que tiene siempre un amplio fondo patrimonial hereditario" (I).

El caracter espontaneo y el caracter nacional del Derecho fueron los dos elementos fundamentales del método histórico, que al enriquecerse con las enseñanzas sociológicas modernas se ha convertido en el método sociológico del Derecho.

Es cierto que Savigny dice que el nombre de "escuela histórica" ha sido empleado por él sin finalidad ulterior y solo para designar una de las facultades que integra la ciencia y la dirección a que principalmente responde. Pero añade que el verdadero sentido de esta escuela " trata, sobre todo, de aclarar el lazo vivo que liga el presente con el pasado, bajo el concepto de que, si esta relación se nos oculta, podríamos ver las ma-

(I) OB. Cit. P. 271.

nifestaciones exteriores del Derecho, pero no su propio espíritu " (I) En la solidaridad de todas las manifestaciones jurídicas de un pueblo, es preciso buscar, pues, la entraña del sistema histórico. Esa solidaridad de manifestaciones se realiza en la conciencia nacional.

La conciencia no es un momento en el tiempo, ni un residuo en el espacio. Es el núcleo permanente e indiviso de la personalidad. La relación de la conciencia con un objeto determina un estado de conciencia.

Apliquemos esta idea a la escuela histórica. Veremos que es esencial la distinción entre la conciencia nacional, que es la unidad formada a lo largo de los siglos, y sus estados, que son las actualizaciones de esa misma conciencia. Proclamar la continuidad nacional, ligar mediante la tradición y la costumbre

(I) Sistema del Derecho romano actual. Prologo del autor.

las manifestaciones de la conciencia publica equivale a proclamar una unidad orgánica, informada por un principio vital. Por eso dice el Sr. Salcedo y Ruiz que " el mismo apelativo de histórica que tomo esta escuela, indica claramente las ideas de su sucesion y mudanza", porque la idea de tradicion no es sinónima de inmutabilidad (1).

La escuela histórica - su mismo nombre lo indica no ha inventado nada; su originalidad no ha podido consistir en alzarse contra la experiencia de los siglos pasados. Por el contrario, ha surgido como una reacción contra la utopia revolucionaria. La escuela histórica es concretismo juridico, estabilidad de concepcion, acumulacion de enseñanzas. Celosa del porvenir, lo prepara solo a la sombra del pasado; mejor podriamos decir, con Bacon, que el porvenir no es sino un desarrollo del presente, como el presente no es sino un

(1) Contestacion al discurso citado del Sr. De Diego.

desarrollo del pasado. Los principios vitales tienen una fecundidad inagotable; al producir el primer efecto depositan en él ya un germen de renovación; el efecto primero se convierte en causa de otras derivaciones, que, a su vez, dan origen a efectos sucesivos. Así la Ciencia histórica es una, total, complejamente universal (I).

Sthal señala en el proceso de la evolución científica con estas palabras: " Desde el principio de la especie humana, y a través de toda la serie de edades, no se ha interrumpido nunca el hilo conductor de una tradición primera; las ideas y las instituciones están en un continuo desarrollo. El presente no es más que un momento de ese gran desarrollo no interrumpido; está, pues, siempre

(I) Las escuelas que se reparten el dominio de las especialidades al tomar su apellido la histórica, producen la escuela filosófica histórica o tradicionalista, la escuela política histórica y la escuela histórica de los juristas.

determinado por el pasado, del que no puede separarse, incapaz de innovar en el orden de las ideas, lo mismo que en el de las instituciones, y no se puede tener su plena inteligencia más que a la luz de ese mismo pasado"(1).

Ventajas del método histórico

Dos méritos imperecederos hay que atribuir a la escuela histórica, al lado de sus deficiencias. El primero-de orden científico-consiste en haber introducido un método de observación en el estudio del Derecho positivo; el segundo-de orden propiamente histórico-estriba en haber descubierto las conexiones existentes entre el Derecho y la vida nacional.

Con razón afirma Stammler que la Jurisprudencia actual no ha podido prescindir del método de la escuela histórica(2). "Es la

(1) Ob.cit. Página 665.

(2) Ob.cit. El método, por Stammler.

historia solo-dice M.Kowalewsky-la que puede resolver la cuestión de saber en qué medida un derecho dado constituye el producto de toda la estratificación precedente de las normas jurídicas, e indicar lo que, en éste derecho, está todavía o no está en concordancia con las soluciones ofrecidas por la vida misma"(1).

Las ventajas de este método pueden condensarse en pocas líneas afirmando, a) que representa una reacción contra el método abstracto y contra las tendencias a-priorísticas; b) que está dotado de la flexibilidad necesaria para adaptarse a los procesos de diferenciación, consecuencia natural de la diversidad de clases y naciones; c) que es elemento de sólida disciplina mental en el estudio de las instituciones, porque va de lo simple a lo complejo, de lo particular a lo universal. "El error que cometían-dice

(1) Le problème du Droit comparé. Ann. de l'Institut International de Sociologie. T. VI. Paris, 1900.

Sumner Maine, refiriéndose a los escritores de Derecho que no tuvieron en cuenta el estudio de las sociedades primitivas-es análogo al de una persona, que, buscando las leyes del Universo material, comenzara por considerar el mundo físico como un todo, en lugar de comenzar por el estudio de sus elementos más simples, y no se comprende porque tal solecismo científico ha de ser más permitido en Derecho que en otras regiones del pensamiento. Lo lógico sería que empezáramos por el estudio de las formas sociales más simples, en el estado más antiguo de su condición primitiva"(1). Y esto es lo que hace cabalmente el método histórico; d) introduce la observación, y es por eso el método de la legislación comparada y de la Crítica jurídica, y el que, armonizando el hecho y el Derecho, nos muestra el enlace existente entre la Ciencia social y la jurídica. Con razón ha podido escribir

(1) Ob. cit. Pág. título V.

Carle: "la operación mental que se lleva a cabo con más frecuencia por los partidarios de esta escuela (la histórica), es sin duda la de aproximar y comparar instituciones que existen en puntos distintos del tiempo y del espacio(1); e) es, por lo mismo, factor de univarsalización del Derecho, porque entre las afinidades, y, partiendo de la conciencia popular como de un punto fijo, reduce a unidad todas las manifestaciones colectivas.

Una salvedad hemos de hacer respecto al empleo sistemático del método histórico. Fundado en la inducción, tiene un carácter limitado. No es posible aplicarlo siempre al estudio de las instituciones, por el corto radio que alcanza la observación personal. Se hacen entonces precisos los testimonios, su selección y su depuración. Por eso ha de completarse el método histórico con el filosófico y ha de cuidarse también de que la inducción no degenerare en empirismo.

Ihering ha reprochado a la escuela histórica la contra--

(1) Véase, *ibid.* Tomo II. Libro II. Cap. 3º

dicción en que incurre afirmando el carácter nacional del Derecho al mismo tiempo que se convierte en patrocinadora de un Derecho extranjero, el romano(1). Savigny, no obstante, considera que el pasado exige la investigación del Derecho romano, que ha sido una parte del germano. Y cuida de agregar que las excelencias del primero son ajenas al método histórico(2). Lenz consideraba el Derecho como una síntesis que había de formarse en un pueblo como el Romano, verdadero confluvies omnium gentium(3), haciendo así del Derecho romano el Derecho absoluto. Principio inaceptable desde todo punto de vista, pero que señala el valor permanente del Derecho de Roma. El Derecho colectivo según la escuela histórica y la sociológica.

La escuela histórica, al afirmar la espontaneidad jurídica, sostiene la existencia del genio nacional, como entidad alabora-

(1) Ob.cit.I.

(2) Doc. para el estudio de la escuela histórica, cit. págs. 32 y 33.

(3) Über gesch. des R. Cit. por Ahrens, ob.cit. págs. 217-218-

dora del Derecho.

Pero ¿qué es el espíritu del pueblo? Se ofrece a Stammer du-
das acerca de la realidad de las frases pomposas de los históricos,
tales como éstas: "conciencia jurídica nacional" "convicción jurí-
dica del pueblo", etc. "pues en ellas se trata también de algo mera-
mente subjetivo que solo puede determinarse en una esfera particu-
lar" y siempre tendríamos que esas frases denotarían un "ideal ju-
rídico relativo" y siempre habría que preguntar: ¿cómo puede obte-
nerse? ¿por unanimidad? ¿por mayoría? ¿por una votación graduada cua-
litativamente? ¿y de quienes en realidad?" (1).

Tengamos en cuenta que Savigny habla de "espíritu del pueblo"
como de un substratum. No requiere unanimidad; es algo así como la hue-
lla más duradera, como el elemento conjuntivo que hace posible la
existencia de una comunidad, diferenciada y característica. Cuando
hablamos, en sentido algo figurado, de las obras de la antigüedad, de

(1) Ob. cit.

la herencia de las civilizaciones, de la huella de los pueblos que han desfilado por la Historia, expresamos ideas de cuya realidad no dudamos. No queremos decir que cada uno de los individuos pertenecientes a esas comunidades haya participado del espíritu (del espíritu) que las ha inspirado, pero el conjunto de manifestaciones colectivas tiene un sello característico que refleja un tono dominante en las costumbres y en la vida (1). Pues algo tan real como todo eso es el "espíritu del pueblo", imposible de reducir a guarismos ni de analizar con criterio de químico (2).

El espíritu público no se concibe sino como unidad. Por encima de la natural diversidad de apreciaciones, en todo compuesto

(1) El mismo Stammler habla de un "ideal social", fundado en el concepto esencial de "la comunidad de los hombres queriendo libremente", es decir, de una sociedad donde cada uno haga suyos los fines de los otros, desde el momento en que ellos comporten una justificación objetiva. (F. Geny. *Scienze et Technique en Droit privé positif*. Vol. II. Paris, 1915-Págs. 156-157).

(2) Recuérdese lo que hemos dicho en el cap. III acerca de la Estadística.

social ha de surgir un criterio predominante de vida ~~social~~ común, criterio que se nutre no solo de las afirmaciones de las mayorías sino también de las tendencias de las minorías, que sirven de correctivo a las primeras y, en ese sentido, colaboran a la obra total.

En medio de las contradicciones de los partidos y de la pugna de los intereses, ha existido en los tiempos modernos esa unidad del espíritu público cimentada sobre la base de la voluntad colectiva. Aún aquellos que acertadamente han proclamado un ideal de justicia sustraído a la discusión, aún los mismos que han derivado de ideas de legitimidad histórica su política, han sentido la necesidad de arrastrar masas sociales tras esos postulados. No han afirmado, como los partidarios de la llamada soberanía popular, que la voluntad sea la fuente del Derecho, pero han tratado constantemente de poner en relación de conformidad el sentimiento público con principios objetivos de vida social. De tal modo que,

en las combinaciones políticas, nadie ha despreciado la opinión, como nadie sostiene ya la idea de que el Poder sea un fin en sí mismo. Este es el sedimento que, en medio de tantos errores y de tantos prejuicios, nos ha legado el movimiento científico y político del siglo pasado. En la Historia, cuando se la contempla en conjunto, se vé la conciencia de la humanidad purificándose lentamente y adquiriendo nociones que, aún cuando olvide en momentos de crisis, son como puntos de apoyo sobre los que se eleva de nuevo hacia las dilatadas regiones donde brillan las puras ideas.

El espíritu del pueblo, como unidad indivisa, es el receptáculo de todas las colaboraciones. Cuando vemos hoy a los pueblos divididos en sectas y en partidos, y afirmamos, sin embargo, la conciencia colectiva, queremos señalar una dirección coincidente de las actividades espontáneas, dirección que culmina en la unidad social del Estado. Ocupándose Tarde de la división de los partidos dice que "es como la división de los trabajos que no es buena sino en cuanto sir-

ve para el acuerdo de los trabajos" "Hay, en efecto-añade-, una colaboración inconsciente y profunda que se oculta frecuentemente bajo las divisiones políticas como bajo las concurrencias económicas"(1).

El espíritu social y el espíritu del pasado trabajan al individuo." "La sociedad le ha formado y él vive su vida.-dice Prat de la Riba- Todo ello (costumbres, prácticas y tradiciones), obra de la sociedad, constituye en el alma misma de los hombres, un trozo del alma social; su espíritu individual queda orgánicamente soldado para siempre con el alma colectiva y por siempre también, al lado de la vida propia de la individualidad, vivirá como los pólipos del coral la vida compleja y rica de la comunidad"(2).

La existencia de ese nexo social nos la muestra en palabras precisas el Sr. Carreras y Artau: "hay un cúmulo de intereses con

(1) Trans. du Pouvoir. Ed. cit. Pág. 139.

(2) Ob. cit. Pág. 71.

los que se ligan las doctrinas respectivas, que forman a manera de nervio sustancial de los pueblos en cada época. Aténtese contra ellos y se levantará el pueblo en masa. He ahí una opinión que surge viva y activamente; lo que no se negará es que antes existía esa misma opinión de un modo pasivo, latente, pero no menos uniforme"(1).

El alma colectiva es por eso algo distinto de la simple unión de los sentimientos individuales, pues en su formación entran los elementos que los hombres no desarrollan sino en la vida de comunicación(2). De ahí la importancia de la opinión pública.(3).

(1) La filosofía del Derecho en el "Quijote". Página 25.

(2) El individuo en multitud-dice Le Bon-"adquiere por el solo hecho del número un sentimiento de poder invencible que le permite ceder a instintos, que, solo, hubiera forzosamente reprimido"(Psychologie des foules. Pág. 18).

(3) "Nada grande se efectúa en el mundo-ha escrito Payot-sin esfuerzos prolongados, y ningún esfuerzo puede sostenerse durante meses y años sin esa galvanización de la mayoría por la opinión pública"(La educación de la voluntad. Trad. de la 4ª ed. francesa por Manuel Antón. 4ª ed. Pág. 296).

Las analogías existentes entre la costumbre y la opinión, son las mismas que median entre la "conciencia del pueblo" de los históricos y el "alma colectiva" de los sociólogos. Una y otro son factores que elaboran el Derecho de un modo espontáneo y enlazan la vida social con la idea jurídica; que esta es la tesis que venimos desarrollando.

Hablar de "psicología de un pueblo" equivale a señalar una vocación histórica determinada por el carácter nacional. También por este lado se nos muestra un principio de diferenciación social (1) la manera característica de cooperar cada pueblo al progreso humano es lo que determina la idea de Nación y la idea de Patria. No representan estas un factor de exclusivismo y de rivalidad, como no lo representa el Derecho nacional de cada pueblo. Son aquellos focos de luz distinta, de que hablaba Jaures, que no debían de confundirse en

(1) La psicología de los pueblos ha puesto de relieve, como dice Fouillee, la existencia de un genio nacional distinto del espíritu de los individuos (Novísimo gocep. del Dcho. en Alemania, Inglaterra y Francia Trad. de G. de Bacuer. Madrid. La Esp. Moderna)

un solo foco de luz uniforme. Ni los partidos dentro de las naciones, ni las naciones en la humanidad deberían de aspirar a otra cosa que a realizar fecundamente el principio de la división del trabajo, con el propósito de resolver sus cooperaciones respectivas en una síntesis integral de civilización.

Por eso el método de la escuela sociológica no considera a la Humanidad como un sujeto indiviso, sino que la ve fraccionada en tribus, clases y naciones, y así hace "entrar a la Sociología en la era de las especialidades", como advierte G. Michelet (1). Fácil es comprender que el método histórico-que arranca de la idea de costumbre-y el método ^{sociológico} ~~histórico~~-que arranca de la idea de evolución-se armonizan en una síntesis jurídico-social. "Con la investigación histórico-sociológica que estudia el aspecto externo del Derecho-dice Groppali-se debe, pues, hacer marchar el análisis psico-sociológico que estudia los sen-

(1) La religión como hecho social. Trad. de Eduardo García Bote. Madrid, "Ciencia y Acción". Página 35.

timientos, los pensamientos, las voliciones que presiden a su formación...."(1)

El método sociológico, como el histórico, no considera la individualidad abstracta, sino la individualidad dentro del grupo, participando de las características sociales y moviéndose en el ambiente de una comunidad. No es posible la concepción sociológica sin la afirmación del ser colectivo como sujeto de actividad propia, distinta de las actividades individuales. Sostiene Weis que la sociedad es, cualitativamente, de otra especie que la suma de todas las

(1) Ann. de l'Institut. International de Sociologie. T. IX, 1903. - Respecto al método de la Sociología dice Duguit - Revue de L'enseignement, citada - que la experimentación no puede serlo, pues no se pueden experimentar, como en las ciencias físicas fenómenos provocados artificialmente. El método de la Sociología - agrega - es la observación. Ya hemos tenido ocasión de ver que el legislador puede suscitar hechos artificiales, en cierto modo, poniendo en contacto ciertas afinidades colectivas. Por lo demás, la verdadera razón de la insuficiencia de la experimentación en las ciencias sociales está en su escaso radio de acción y en la complejidad de los factores que intervienen en las relaciones humanas.

partes individuales(1). Por eso, estudiando Gumplowicz el concepto sociológico del Estado y de la Historia, se refiere a la formación de un proceso, no individual, sino social, que sucede por la acción y la reacción entre el individuo y su grupo(2). El hecho sociológico no es un hecho aislado, sino un hecho coherente que se forma con el enlace de analogas actividades. Solo así es posible conocer- como dice el Sr. Azcárate- el influjo general de cada uno, las relaciones entre todos ellos, el conjunto orgánico de los resultados(3).

Acaso, como dice Charmont, no tenga a primera vista la escuela sociológica carácter bien definido(4). Además, no se nos oculta que esta escuela, sobre todo en las conclusiones de Durkheim, se caracteriza parcialmente por su tendencia excesiva a señalar normas de

(1) Cit. por el Sr. Burgos y Mazo.- Influencia del alma colectiva en las instituciones jurídicas. Disc. de apertura de Tribunales, 1917.

(2) Il concetto sociologico dello Stato. Vers. italiana. Pag. 148-

(3) Concepto de la Sociología. Disc. de recep. en la R. Acad. de Ciencias Morales y Políticas.

(4) La Renaissance du Droit naturel. Paris, 1910. Pág. 117.

evolución con un prurito fatalista. Frecuentemente, los sociólogos positivistas aparecen-valga la paradoja-como metafísicos de la inducción. Beudant los tacha de sistemáticos porque emplean en sentido metafísico y vago los términos: observación, experimentación, etc.(1).

Pero tampoco cabe negar que la escuela sociológica, haciendo tema favorito de sus investigaciones la relación entre el hombre y el medio colectivo, y la influencia de este sobre aquel, ha dado la base para la construcción científica del Derecho social, objetivo y realista. Por lo cual habremos de asignarle, con Gény, el gran mérito de haber llamado la atención sobre la necesidad de sacar de la observación todo lo que ella puede dar y de hacer de los fenómenos jurídicos uno de los aspectos mejor caracterizados de la ciencia de las costumbres(2).

(1) La méthode des sciences sociales. Revue du Droit public, 1896. VI.

(2) Ob.cit. Págs. 82-111.

Desarrollo natural del Derecho en la sociedad moderna:
socialización y civilización. Exámen de la doctrina de
Ihering.

El método histórico y el método sociológico, "el espíritu del pueblo" o "el alma colectiva" como órganos de elaboración del Derecho, se nos han mostrado en páginas anteriores en la íntima relación que ^{une} ~~caracteriza~~ a la Ciencia social y a la jurídica.

El enlace entre la vida y el Derecho aparece manifiesto en las primeras comunidades humanas, como hemos tenido ocasión de estudiar. Aparece también en un fenómeno contemporáneo, en que culmina la elaboración sociológica del Derecho; nos referimos a la socialización jurídica.

En sus comienzos, el Derecho encarna en la institución familiar. Adopta después formas más amplias de desenvolvimiento, pasando, según la ley de Spencer, de una homogeneidad indefinida e incoherente a una heterogeneidad definida y coherente. El empuje de proble-

mas nuevos, como los que suscitan-por ejemplo-el reparto de la propiedad y las ~~in~~vasiones, interrumpen o hacen penosa la evolución normal del Derecho.

El Derecho ha de comenzar entonces una campaña de liberación social, apoyándose provisionalmente en todas las realidades constituidas. Se apoya en la esclavitud el jus civile, pero el jus civile organiza a una clase, la de los patricios, estableciendo un vínculo de unidad entre los hombres libres. Los abusos de que está mezclado el derecho de esta clase, se irán borrando en el curso de la evolución, porque la esencia jurídica no se detiene en ninguna etapa del camino, hace a los hombres comprensivos según el grado de desenvolvimiento social y se asimila todos los influjos del ambiente. Del jus civile se pasa al jus gentium y al jus naturalæ.

El Derecho deviene así derecho de la ciudad, derecho de una confesión religiosa, derecho de clase, derecho del sexo. A través de todas esas instituciones y de todos esos grados de desenvolvimiento, el

Derecho no hace sino adquirir nuevos impulsos, y cuando aparece cristalizado en cualquiera de esas fases, puede observarse que en el fondo palpita un nuevo anhelo vital que dilata las concepciones jurídicas hasta los horizontes más remotos de una civilización universal, humana.

Fase de extraordinaria importancia de ese desarrollo ha sido la fase nacionalista del Derecho. Las naciones modernas han podido expresar un modo característico de vida colectiva, que no fué posible organizar a los antiguos imperios militares, fundados en la dominación, ni al feudalismo, caracterizado por desmenbraciones sociales. La fase nacionalista del Derecho no es, sin embargo, el fin de las conquistas jurídicas; representa un alto en la marcha hacia un Derecho social que sirva de fórmula adecuada a la civilización.

Porque así es como el Derecho ha ido ordenando a los hombres, haciéndose patrimonio del mayor número y borrando lentamente las huellas de la esclavitud, de la casta y del privilegio para llegar a conver-

tirse en una sustancia total, ~~hacerse~~.

Toda la génesis de la socialización del Derecho, arranca de la consideración de que éste no es una coraza de unos hombres contra otros, sino un conducto por el que se encamina la actividad individual hacia un fin social. Basta observar la definición que da Saleilles del derecho subjetivo; "poder puesto al servicio de un interés de carácter social, y ejercido por una voluntad autónoma" (1).

Todavía la doctrina de Duguit llega a conclusiones más extremas. El derecho subjetivo dice no existe ni en el individuo ni en el Estado. El Estado es solo la fuerza material que llega a legitimarse mediante el cumplimiento de la regla de Derecho, que es el límite de la fuerza (no la política de la fuerza, como creía Ihering), la regla de la legitimidad de los fines. Sobre la voluntad de uno solo o de la mayoría, representada por el Estado, está el

(1) Ob. cit. Pág. 543.

hecho social como una regla objetiva. Este hecho fundado en el carácter social del hombre es la solidaridad, que toma al hombre tal como es; con sus pasiones, sus egoísmos y sus tendencias altruistas. (1).

Gierke considera también el Derecho privado no como la huella de la soberanía del individuo sino como el germen de las cooperaciones al fin social; "...el derecho de familia no podrá jamás cumplir su gran misión social... si, según el sistema romanista, se edifica sobre la soberanía del individuo..." (2).

Surge de estas consideraciones el carácter social de todo derecho privado, como dice Ihering, v. gr.: cuando se limita la potestad del padre en beneficio de sus hijos en el Derecho romano, cuando se limita la libre disposición de los bienes, en el derecho de propiedad, etc., o cuando se castiga el aborto y el infanticidio. (3).

(1) L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris, 1901. T. I. P. 4ys

(2) La función social del Derecho privado. Trad. de N. de Palencia. Madrid, 1904. Pág. 49.

(3) El fin en el Derecho. Trad. de Leonardo Rodríguez. Cap. VII-15.-

El Derecho, según la concepción realista, no es fin en sí mismo, sino medio de un fin social. Esta doctrina, que resplandece en la obra de Ihering, la afirma vigorosamente Duguit cuando estudia el concepto de función social que determina en el individuo un deber de desenvolver libremente su personalidad para cumplir esa función lo mejor posible, "y nadie-agrega-puede entorpecer ese libre desenvolvimiento"(1). Es decir, que el Derecho es una actividad en orden al fin social, un interés protegido jurídicamente, según Ihering. Más, para que la sociedad lo proteja "es preciso que de dicho interés, por su hermanamiento con otros generales, surja algún beneficio social"(2).

Las limitaciones del derecho individual y del subjetivismo intencionalista, que han engendrado doctrinas tan fecundas en el orden práctico como la del abuso del derecho y la del daño conside-

(1) Las transformaciones generales del Dcho. privado. Ed. cit. 1.^a Conferencia.

(2) Calvo Sotelo.-Obra citada. Página 19-

rado como elemento objetivo de la responsabilidad civil(1), hacen posible una construcción jurídica fundada en el concepto de la cooperación.

Parece a primera vista que así se desmorona toda idea de espontaneidad del Derecho en el seno de los grupos humanos y que la socialización es un poder absorbente que funde toda iniciativa de derecho particularista en una nebulosa de humanitarismo y de universalidad. Pero no es así.

(1) V. Minguijón.-La responsabilidad civil extracontractual, cit. pápítulo VII.-Socialización del Derecho y realismo jurídico son términos equivalentes. Todas las limitaciones del Derecho individual que entrañan un concepto social del Derecho, suponen la preponderancia de los elementos objetivos en las relaciones jurídicas; el hecho externo sobre la intención, el concepto de daño sobre el de culpa, la utilidad sobre el móvil.-¿Qué consecuencias produce esta doctrina, al proyectarse en la línea divisoria de la Moral y del Derecho? ¿Hasta que punto deja subsistente la clásica comparación de los dos círculos concéntricos de distinto radio, el mayor de los cuales corresponde a la Moral y el menor al Derecho? En un Derecho realista, el campo jurídico de los hechos es más amplio a veces que el campo moral de las intenciones. La indemnización por el daño involuntario supone una sanción jurídica en entidad sobre la que no recae sanción moral alguna. Resultado práctico de esta doctrina es la dilatación de la esfera de la solidaridad, de la interdependencia, de la objetividad-llámese como se quiera-que avasalla la esfera de la moral individual.

Hemos afirmado un Derecho diferenciado según los grupos sociales; un Derecho realista, en inmediato contacto con la vida; un Derecho nutrido de la savia popular. También hemos afirmado la diferenciación como módulo del progreso social y jurídico, y hemos consignado que la uniformidad es un corrosivo aplicado por las leyes a las actividades ingénitas de los núcleos humanos. Creemos, por consiguiente, que el Derecho, que así se elabora y así evoluciona, no puede rebasar las posibilidades inmediatas de vida social.

Pero cuando las prácticas de esta vida se generalizan y llegan a integrar una amplia concepción civilizadora, el Derecho, sin dejar de ser realista, sin dejar de ser espontáneo, sin dejar de matizarse en el seno de cada grupo o de cada nación, abarca mayor número de relaciones y las enlaza en una ley de armonía.

Es, por otra parte, compatible la existencia de un Derecho humano con la de un Derecho nacionalista, como lo es con la de un

Derecho familiar. Pero la nación, como la familia, dejan ya de expresar todo el Derecho ; quedan en posesión del que les es necesario para desenvolver su vida y para cooperar al fin total de la humanidad. Hoy como siempre se agitan problemas que demuestran la personalidad vigorosa, indestructible de la familia. Queda un círculo imperecedero en el cual la familia desarrolla su vida moral y jurídica. Pero ya no elabora todo el Derecho, como ocurrió en los orígenes, cuando los individuos sintieron la solidaridad familiar con exclusión de toda otra solidaridad. De la familia han brotado nuevas fuerzas sociales, y ha podido distinguirse en la manifestación progresiva de esas fuerzas un Derecho público y un Derecho privado, un Derecho civil y un Derecho judicial, un Derecho económico y universal y un Derecho nacionalista, y, dentro de éste, un Derecho de jurisdicciones, un Derecho especial de cada persona jurídica (Estatutos, Reglamentos, cláusulas de fundación, etc.).

Detrás de ese proceso de ampliación ha venido el de socialización. La socialización indica que el Derecho de cada clase o de cada pueblo no es un coto cerrado, ni una heredad parcelada; que no puede hacerse de él un factor de lucha, de oposición o de predominio. La gran idea del Derecho es la realización de la concordia humana, mediante la cooperación universal.

La tendencia realista, que vé ante todo el fin social, se une de esta manera a la tendencia socializadora que extiende y amplía la noción de fin. Y el Derecho, al socializarse, no desconoce familias, naciones, ni clases, sino que, apoyándose en todas esas jerarquías naturales, elabora una síntesis orgánica.

Pero, para contribuir a ese fin, necesita el Derecho expresar las variedades de todos los grupos humanos, los cuales, sin perder su personalidad inconfundible, descubren y coordinan sus analogías.

¿Como coexisten-puede preguntarse-las particularidades de cada Derecho con la tendencia socializadora? Tengamos presente que

la socialización lima, corrige, recorta cada Derecho particular, más no lo anula. Extirpa sus defectos, cohibe sus deformidades, pero no mata su personalidad. Por el contrario, la purifica, la realza y le dá un valor de permanencia engarzándola en una actividad más amplia que sirve a un fin social. Con esto, lejos de agotar su contenido, como cree Duguit y afirma la tesis socialista, el Derecho de cada persona se consolida y se convierte en instrumento imperecedero de los destinos sociales.

El Derecho de cada pueblo es el conducto de la actividad nacional para cooperar a los destinos humanos. Y si se limita el Derecho individual en razón del fin social, es preciso también limitar el Derecho colectivo de cada núcleo social en aras del Derecho más amplio de la humanidad.

Pero el concepto de socialización -que es un concepto de orden, de correspondencia, de enlace de Derechos- estaba presentido por Savigny: "Mientras no conozcamos nuestra individual relación

con el mundo todo y con su historia—decía, por necesidad debemos ver nuestras ideas bajo un falso aspecto de universalidad y de espontaneidad. El único remedio contra esta ilusión engañosa es el espíritu histórico; lo que hay es que dirigirlo contra nosotros mismos es una de las más arduas aplicaciones que de él podemos hacer"(1).

No ver en el Derecho el exclusivismo, sino la cooperación; tal es la tesis socializadora. Entonces es cuando las normas de solidaridad se amplían de tal modo, que puede exclamarse con Ihering: "Mi derecho es todo el Derecho; defendiéndolo, defiende todo el Derecho que ha sido lesionado al ser lesionado el mío"(2).

La socialización no implica fusión arbitraria de los distintos Derechos; requiere, por el contrario, los caracteres de espontaneidad y de diferenciación. Veámoslo brevemente, ampliando las indicaciones anteriores.

Requiere la idea de lo espontáneo.— Anterior a la socialización

(1) Ob. cit. Cap. VII. (2) La lucha por el Derecho. Trad. de Posada. Cap. IV.

del Derecho es la generalización del hecho. La realidad nos demuestra que existen hechos universales que suscitan problemas jurídicos uniformes. El problema obrero y el problema feminista tienen caracteres de generalidad a través de las fronteras. Adoptando según los lugares y el grado de cultura, ~~de los hombres~~ modalidades y graduaciones, planteado con más o menos intensidad en unos u otros pueblos, en todos ellos palpitan con la misma vida y están informados por el mismo espíritu. El mismo problema nacionalista, a pesar de sus caracteres diferenciales, adopta formas unánimes de expresión en todos los Estados y requiere su solución una análoga fórmula autonómica. Así es como la solidaridad de la clase, la reivindicación del sexo, los anhelos nacionalistas han formado una estructura jurídica universal.

Claro está que no citamos el nacionalismo como ejemplo de socialización, sino como muestra de que hasta en los elementos desagregadores de las vastas comunidades humanas surgen los hechos

en virtud de los mismos móviles.

Requiere la idea de lo diferencial.- La socialización del Derecho es vehículo de la civilización, que impone prácticas uniformes de vida. Estas prácticas no son, sin embargo, otra cosa que el término natural de actividades, originariamente distintas, distintas también en el proceso de su desarrollo, pero que al fin se armonizan sin confundirse, cooperan sin perder sus caracteres diferenciales.

Precisamente es la diferenciación la que hace posible la civilización. En las sociedades primitivas, la diferenciación entre sus componentes era escasa. Lo mismo ocurre en los actuales pueblos salvajes, donde la igualdad entre sus miembros es consecuencia de las pocas facetas que presenta la vida moral del hombre y la vida social del grupo. La civilización, por el contrario, va tejiendo una vida cada vez más complicada y más espesa, deshace analogías y crea diferencias, siembra en el espíritu las grandes inquietudes que solo se satisfacen con los viajes, con los elementos de una

cultura penetrante que rompe el patriarcalismo de las costumbres sencillas y debilita los íntimos lazos que vinculan a los hombres en los pequeños grupos familiares y locales.

A pesar de todo esto, la civilización aproxima a los hombres y fortalece sus relaciones. Consiste, según la expresión de Tarde, en descubrir "más semejanzas, es decir, que después de encontrar las semejanzas superficiales y aparentes, se logra hallar otras semejanzas más reales y más profundas". Solo en provecho de las originalidades más ocultas—repetiendo una frase de este sociólogo—es como las originalidades más aparentes se disipan. La civilización es tanto más perfecta cuanto mayor es el sentido que cada hombre y cada grupo posee de su propio valor dentro del cuadro inmenso de los destinos sociales. Por eso, en una vida civilizada, se realzan, y no se atenúan, las diferencias. Solo la diferenciación permite la adaptación; solo la adaptación permite la estrecha solidaridad humana.

Precisamente cuando el trabajo social se ha dividido hasta el máxi-

mun, es más grande la necesidad de que los hombres se unan y cooperen. Por el contrario, cuando los hombres o los grupos se bastan a sí mismos, su propia suficiencia es el asilo de sus egoísmos. Duguit ha dicho que "los hombres se conciben unidos a otros porque cada uno de ellos tiene aptitudes particulares, porque tienen necesidades diversas, y cambiando sus servicios pueden asegurar la satisfacción de estas necesidades diferentes", (1).

La civilización, además, hace prevalecer sobre la solidaridad en el espacio, la continuidad que es-dice Maurras-la solidaridad en el tiempo(2). Los mártires de toda causa o las víctimas de todo invento que ha impulsado la vida civilizada, así lo han comprendido. Por eso, como ha hecho notar Kidd, los sistemas sociales en los que, siendo iguales las demás circunstancias, prevalecen las condiciones favorables a los intereses de la futura mayoría, más bien que las favorables a los intereses de la minoría relativamente es-

(1) L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Ed. cit. Pág. 47.

(2) Ob. cit. Página 141.

casos de los individuos presentes, deben constituir al fin los tipos vencedores. (1).

Esa solidaridad en el tiempo, que expresa la contribución de las generaciones a la obra del progreso, ¿qué es sino el esfuerzo continuado y paciente que se examina hacia el ideal? El ideal no culmina sino en el esfuerzo solidario de todos los hombres y de todos los pueblos, cada uno en su esfera de acción. Y para integrar una corriente universal de civilización no es preciso que los afluentes nacionales pierdan sus caracteres originales; basta con que sumen sus aguas antes de llegar a la desembocadura.

Y el Derecho ¿qué papel desempeña? Kohler que, fiel a su concepto panteísta, ve en el Derecho una manifestación del Todo, siempre en relación con el grado de cultura, dice que al lado de cada Derecho particular de la época y del pueblo, existe una orga-

(1) La civilización occidental. Trad. de Siro García del Mazo. Madrid, 1904. P147.

nización jurídica universal. Como punto de enlace entre las exigencias de la evolución y la espontaneidad del Derecho asigna a la Política jurídica una función de valoración de cada Derecho, para ponerlos a todos en consonancia con la tendencia general(1). Pero no siempre es necesaria la intervención de la Política jurídica, porque la organización jurídica universal es frecuentemente una consecuencia del cambio y de la cultura. El Derecho, que recoge esa tendencia de universalización, establece normas coordinadoras para hacerla viable.

A través de la jerarquía institucional se tamizan primero y se unen después las actividades espontáneas. "A medida -dice Augusto Comte- que la asociación se extiende y se perpetúa, cada uno de sus elementos depende en adelante de todos los demás..."

(2). El Derecho consuetudinario, que encarna en formaciones sociales, realiza ya una función unitiva en los grupos reducidos. Esa

(1) Ob. cit. Págs. 46-50.
 (2) Ob. cit. T. II. P. 264.

función, que cumple la costumbre en los núcleos pequeños, simplifica y allana el camino de la integración jurídica, porque da unidades colectivas ya formadas, en posesión de medios jurídicos para realizar un fin. El hábito de obrar en común es condición indispensable de la socialización jurídica; en este sentido decimos que la costumbre es precedente necesario de ese proceso, anillo inicial de esa evolución.

Asimilándose los grupos sociales las influencias de la vida, cooperando el legislador y el jurista a esa asimilación, imponiéndose la conveniencia a la rutina, los pueblos, sin abandonar su Derecho particular, lo incorporan a un Derecho más amplio, y realizan aquella ley de armonía que une la variedad con la unidad, y sin la cual no es comprensible el desenvolvimiento jurídico.

Las consideraciones anteriores demuestran que la socialización no interrumpe el desenvolvimiento normal del Derecho.

Pero ¿se desenvuelve siempre normalmente? Frente a la doctrina de la escuela histórica, que ve la ecuación constante entre el estado social y el Derecho, la tesis de Ihering afirma la existencia de un armazón jurídico, cosa puramente externa, que protege un interés afortunado después de su victoria sobre otros intereses rivales. Ihering vé una lucha entre el estado social de cada época y el Derecho que se petrifica y queda defendiendo un interés creado y arcaico. Entonces, la vida en su lucha incesante choca con las formulas consagradas y engendra un nuevo Derecho.

Las enseñanzas de Ihering acerca de la necesidad de que el Derecho sea siempre la expresión de los estados sociales, nos parecen muy útiles. Discrepa de la escuela histórica en la apreciación del procedimiento mediante el cual se realiza la conformidad entre los estados sociales y los jurídicos, pero lo mismo Ihering que los históricos mantienen la doctrina que afirma el paralelismo de la vida y el Derecho.

Hay ocasiones en que se interrumpe la continuidad entre los estados de Derecho, que no se acompasan al movimiento incesante de la vida. El Derecho que consagra determinados intereses en un momento de la evolución social, declara intangible un estado de cosas y es como guardián celoso del orden antiguo con el que luchan nuevas tendencias vitales. Cuando el Derecho no refleja las condiciones de vida social, cuando las actividades se encuentran cohibidas por el medio jurídico y surge el desacuerdo entre la vida y el Derecho o entre el Derecho y la fórmula legal, se quebranta el paralelismo necesario entre la evolución de la Sociedad y la evolución jurídica. Entonces sobreviene el conflicto, señalado por Boggiano, entre el desenvolvimiento social y el instrumental jurídico y político para expresarlo(1).

Al variar las condiciones del ^{medio} ~~vida~~ social, el Derecho deja de ser un espejo de superficie continua que refleja la unidad de

(1) V. L'organizzzzione professionale e la rappresentanza di classe. Torino, 1903.

la vida social en sus desenvolvimientos para convertirse en curvado vidrio que nos muestra una realidad deformada . "Cuando el Derecho existente-dice Ihering-es defendido de tal modo por los intereses a su alrededor creados, el del porvenir no puede vencer sino sosteniendo una lucha que dura muchas veces más de un siglo; y mucho más si los intereses han tomado el carácter de derechos adquiridos. Entonces hay dos partidos enfrente el uno del otro, llevando cada uno escrito en su bandera santidad del Derecho; y el uno llama santidad ~~del~~ Derecho histórico, al Derecho del pasado, y el otro santidad, al Derecho que se desnvuelve y se renueva sin ~~ce~~ cesar, al Derecho primordial y eterno de la humanidad en ~~su~~ ~~com~~ - tanta cambio. Existe entonces un conflicto de la idea del Derecho consigo misma..."(1).

Lo que falta a Ihering es una noción objetiva del Derecho. Donde él habla de la "lucha de la idea del Derecho consigo misma" debe

(1) La lucha por el Derecho. Trad. de Posada. Prol. de L. Alas. Introduc.

de hablarse de lucha entre las manifestaciones de la idea del Derecho. Y esa lucha es consecuencia de la falta de continuidad y de enlace entre unas y otras. Si el Derecho no encauza en cada momento las corrientes de la vida deja de ser la "garantía de las condiciones de vida de la Sociedad"; que así lo define el mismo Ihering en otra de sus obras, El fin en el Derecho.

Toda fuerza social naciente establece como límite de su actividad la conquista del Derecho, es decir, la realización de sus aspiraciones por lograr un puesto en la estructura social. Cuando lo ha logrado, aspira a una expansión, y convierte su Derecho en medio para lograr una preponderancia. Unos estados jurídicos sirven de escala a otros estados jurídicos más perfectos, pero concebido así el Derecho no es Saturno que devora a sus propios hijos. Es un proceso no interrumpido de filiación el que forma las largas sucesiones de Derecho. En este sentido, cada estado jurídico resume a los anteriores, y, en su evolución incesante, el Derecho se perfecciona

acumulándose.

Pero en la vida social no surgen de repente esas fuerzas predominantes. Es preciso un proceso de unificación de tendencias hasta formar la corriente que expresa el Derecho. Claro está que todo interés creado, que lesiona la marcha de la evolución, es una fuerza de resistencia que dificulta la unidad interna social. Y entonces es cuando se origina la lucha entre los elementos nuevos y los elementos antiguos. La evolución se convierte en revolución; la continuidad jurídica se rompe en fragmentos y surge la fuerza. Como dice el insigne jurista alemán: "El Derecho no es el principio superior que rige al mundo; no es fin en sí; ~~no es~~ es más que un medio de realizar un fin, que es la conservación ~~de~~ la sociedad humana. Si la sociedad no puede mantenerse en el estado jurídico actual, si el Derecho no puede ayudarla, la fuerza llega a remediar la situación" (1).

(1) L'évolution du Droit (Zweck in recht) Trad. francesa de Maulenaere Paris, 1900/Página 169.

193)

El estado jurídico que hace innecesario el empleo de la fuerza es aquel que refleja todos las variedades sociales."Cuando las diversas clases del pueblo-dice Edmund Fischer-pueden ejercitar sobre la legislación y sobre la administración una influencia prporcionada a las fuerzas de estas clases, las revoluciones son de ordinario imposibles..."(1). Las mismas revoluciones vienen precedidas de una corriente de ideas y de sentimientos, cuya fermentación ocasiona el cambio de la estructura jurídica y política. Pero la acción de las revoluciones, la acción de la fuerza, solo llega a ser eficaz cuando se nutren de sus efectos las fuerzas sociales. Ya se ha dicho que ~~el~~ único resultado de una revolución es la evolución.(2).

(1) Enquete menée par R. Broda, acerca de "Le rôle de la violence dans les conflits de la vie moderne" Paris. 1913.-

(2) Las revoluciones no las produce necesariamente un deseo innovador, sino que pueden ser resultado de un impulso ancestral. A

Siempre que mediante la conquista o la revolución se impone un Derecho, verificándose lo que denomina Raoul de la Grasserie "efecto mecánico de la introducción de lo heterogéneo en lo homogéneo", se produce un movimiento de aceleración en el desarrollo jurídico, pero la evolución no se interrumpe si el Derecho nuevo llega a penetrar en la conciencia social. Bastará ahora referirnos a lo que hemos dicho al tratar del concepto de evolución jurídica, en el capítulo II.

No pasa por eso en vano la fuerza. Para revestirse de caracteres jurídicos invoca la ley. Más la ley no hace otra cosa que sembrar lo que más tarde ha de fructificar en costumbres y en expansiones sociales.

Frecuentemente los impulsos de violencia se domeñan al chocar

esta última categoría pertenecen las revoluciones inglesas, de las que dice Posada que no implicaron la afirmación de un principio absoluto, sino la confirmación de una tradición violada. (Tratado de Derecho Político. Tomo II. - Madrid, 1916 - Pág. 172) .-

con la vida. Porque un Derecho estático no se concibe, pero ese Derecho no vive siempre a expensas de la ficción, sino que lo alienta a veces un sector de opinión que ofrece una resistencia pasiva, contra la cual choca una nueva corriente social. En ese forcejeo de lo nuevo y de lo viejo se temple una nueva norma jurídica, surge la compenetración. Además, siempre que luchan dos fuerzas, existe al margen una masa social indiferente. Y en la rivalidad es donde esa masa de retraídos tiene ocasión de aprender los nuevos objetivos de reforma, influyendo entonces en la contienda y decidiendo la suerte en última instancia.

De modo que de éste último exámen se deducen dos consecuencias:

- 1.ª En todo movimiento nuevo, las fuerzas nacientes, al chocar contra los intereses consagrados, se penetran de la complejidad de los problemas, y sus impulsos originarios pierden en violencia todo lo que ganan en fecundidad creadora. La gran misión de las fuerzas de

resistencia en toda sociedad consiste, no en oponerse sistemáticamente a toda reforma, sino en graduarla y hacerla comprensiva y respetuosa con los intereses del pasado, en transformar la corriente arrasadora en riego benéfico, en cambiar los efectos mecánicos por efectos orgánicos, la yuxtaposición ~~en~~ injerto. 2.ª La masa de los retraídos por inconsciencia o por incomprensión adquiere gradualmente una capacidad que le habilita para intervenir después con éxito en la solución jurídica.

La continuidad, tantas veces interrumpida, se reanuda indefectiblemente como una ley inviolable del Derecho y de la vida.

La socialización de los hechos y la consiguiente
evolución del Derecho.

El fenómeno contemporáneo de la socialización del Derecho, esta precedido por el proceso de la ^{socialización} ~~evolución~~ del hecho. Cuando, como consecuencia de la formación de tipos comunes de vida, nos vemos en presencia de hechos que rebasan toda división de fronteras y pro-

197)

claman un principio de universalidad, el Derecho no hace sino trazar los cauces por los cuales circula la corriente espontánea de la vida.

Solo el estudio de los hechos que han originado la socialización del Derecho, bastaría para intentar un estudio de muchas más exigencias que el que nos hemos propuesto en esta Memoria. Nos interesa tan solo bosquejar algunos aspectos fundamentales de este problema, y dejar sentado el principio de espontaneidad en los movimientos sociales que después han recibido fórmulas jurídicas.

A) La Política Social y las reivindicaciones obreras.

La subordinación de la vida jurídica a la vida social, la vemos practicamente en el problema capital de nuestros días; el problema obrero(1). El concepto finalista-que absorbe la concep--

(1) Las indicaciones que hacemos acerca de este punto constituyen un breve resumen del estudio que bajo el epígrafe: "Los métodos de las reivindicaciones obreras" está publicando Revista Social de Barcelona, suscrito por el autor de esta Memoria. Acerca del origen de la asociación, véase el num. 228; Octubre 1919.

ción jurídica de Ihering-resplandece en la legislación social.

Las actuales realidades de la acción sindicalista no son sino el término de un proceso que ha tenido por etapas las graduales penetraciones de la asociación obrera en el organismo social. No puede hablarse de Derecho obrero mientras no existe la asociación obrera, ni puede hablarse de asociación obrera mientras no surge una vigorosa conciencia de clase. El hecho del maquinismo origina el de la concentración capitalista y simultáneamente el de la asociación obrera.

Toda la legislación individualista que culmina en la ley Le Chapelier (27 de Junio de 1791) se encuentra en pugna con la nueva realidad y va perdiendo fuerza ante el hecho irresistible de la agremiación. "Ha sido preciso-dice Duguit-que, de grado o por fuerza, el legislador reconociera el hecho consumado y consagrarse, al fin, legislativamente, instituciones que natural y espontáneamente se habían elaborado, no obstante las disposiciones prohibitivas.

Así es como en 1884 la ley reconocía las asociaciones o los sindicatos profesionales, en 1898 las sociedades de socorros mutuos, y en 1901. finalmente, la libertad general de asociación." (1).

Mientras la ley intentó ahogar con la violencia las manifestaciones colectivas, ocurrió lo que ocurre siempre que se trata de esficiar un hecho natural; las asociaciones no murieron, sino que se transformaron, adoptando etiquetas legales pero sin renunciar al contenido ni desvirtuar su energía intrínseca. Bajo la denominación de sociedades amicales de socorros -dice Olphe Galliard-refiriéndose a Inglaterra-"un gran número de asociaciones eran verdaderas Trade-Unions o Uniones profesionales" (2).

Las leyes transigieron con la asociación, después de haberla perseguido; más tarde, impulsaron el fenómeno asociacionis-

(1) Las transf. del Dcho, Privado, ed. cit. Pagina 65.

(2) Véase la obra de O. Galliard-L'organisation des forces ouvrières. Paris, 1911.

ta; finalmente, -nos referimos a nuestros días- imponen la sindicación en unos u otros organismos.

Estas tres etapas están representadas, respectivamente, por la legislación abolicionista, por la Política Social y por el renacimiento de la idea inspiradora del régimen corporativo.

Fué la presión de las asociaciones la que obligó al Estado a actuar vigorosamente en el terreno donde se debatían los grandes intereses sociales. Así se rectificó la política abstencionista del "laissez faire; laissez passer" y de los dogmas de la Economía clásica. Al dogma de la libre concurrencia sucede la legislación social y el intervencionismo del Estado con la tasa de los productos, la regulación de los cambios, los impuestos sobre la plusvalía y sobre los beneficios extraordinarios. Esta es la era de la legislación "protectora" del trabajo y de la legislación "limitativa" del interés personal.

Al amparo de esa Política Social se han desarrollado los ele-

mentos cohesitivos de la Sociedad y ha surgido un principio que, prescindiendo de las derivaciones del espíritu de secta, estimamos fecundo y bienhechor: la organización de las clases, herencia preciosa de la Edad Media cristiana. La sindicación de todas las clases significará el fin de la era de la Política Social, tal como ha venido entendiéndose. No será el Estado el que dicte las leyes sociales en virtud de principios paternalistas. Emancipada la Sociedad, el Estado será tan solo el regulador de los intereses del conjunto, manifestados por los órganos conductores de su actividad espontánea; tales como el contrato colectivo, los Consejos del Trabajo, los Parlamentos industriales, la Liga de clases y las Comisiones mixtas. El Estado establecerá la coordinación de esas actividades y prestará garantías al desenvolvimiento de todos los intereses colectivos.

El Derecho económico de las colectividades viene así acomodando su estructura a las tendencias sociales que evolucionan, La

vida misma desarrolla un Derecho que, como dice Menger, "observa el flujo y reflujo de las clases y mantiene la adaptación a la realidad, evitando así las catástrofes sociales producidas por una falta de concordancia"(1). Y fácil es calcular el trasunto que la transformación de las condiciones económicas de la Sociedad tiene en la legislación. El Derecho civil deja de ser el "Derecho de los ricos", como lo denominaba Leopoldo Alas (Clarín) para convertirse en un Derecho social que recoge las aspiraciones proletarias y reglamenta, por medio de leyes especiales, el contrato de trabajo y el arrendamiento, instituciones tan descuidadas en las legislaciones civiles de patrón individualista.

b) El Regionalismo

Mr. Charles-Brun ha podido hablar de un regionalismo espontáneo(2). En realidad, todo regionalismo es manifestación de espon-

(1) Du rôle sociale de la science du Droit.-Revue d'Economie Politique, 1896. T.X.

(2) El Regionalismo. Trad., notas de José G. Acuña. Prólogo de Salvador Canals. Beltrán, Madrid. Pág. 157.

taneidad. Aunque se forme mediante la propaganda y se estimule por la descentralización, el regionalismo supone el sentimiento, más o menos despierto, de una personalidad.

Las tendencias autonomistas triunfan cuando están sostenidas por una tradición y alentadas por una conciencia colectiva. El principio de las nacionalidades, antes de ser una fórmula política, ha sido una doctrina y ha revestido caracteres prácticos. Frente a la unificación legislativa, han subsistido las costumbres locales; frente a la centralización política se han acusado las personalidades regionales.

Geny ha creído que la centralización política llegaría a secar las últimas fuentes de la costumbre(1), pero vemos hoy, por el contrario, que, bajo la presión centralizadora, surgen lozanas las costumbres locales porque su vida ha estado concentrada en las capas más hondas durante el período que llamaba Prat de la Riba

(1) Método de interp. y fuentes de Dcho. Priv. posit., citado. P. 294.

"invierno de los pueblos".

La fórmula federativa, que fracasa cuando no expresa una serie de realidades autonómicas, viene a posteriori del hecho nacionalista o regionalista para hacer compatible la transfusión de la savia de cada núcleo social en un organismo mas amplio, ordenando así la vida de los pueblos. De este modo preceden las realidades a los problemas jurídicos. Ellas son las que los suscitan.

c) El mutualismo

La organización de la Sociedad sobre las bases del mutualismo es otra manifestación de espontaneidad de vida colectiva.

El mutualismo ha surgido en el periodo en que las clases sociales y las naciones civilizadas han sentido, aparte de toda prescripción legal, el estímulo de las mismas necesidades y la precisión de colaboraciones amplias. En la vida jurídica, se manifiestan estas tendencias en instituciones como el seguro, la cooperación, las mutualidades, que recogen la corriente colectiva y

las tendencias orgánicas de la Sociedad actual.

La acción del Estado parece así desplazarse hacia la acción social propiamente dicha. El reparto de los riesgos entre los asociados-por medio de la mutualidad-y la supresión de los intermedios-por medio de las cooperativas-expresan el predominio de la idea de función social y la emancipación de la Sociedad, por medio de la acción espontánea y directa, de la tutela del Estado. Fenómeno éste que es, como puede verse, correlativo al de organización de las clases, a que nos hemos referido.

La doctrina del solidarismo, fundada por Mr. Leon Bourgeois sobre la noción de "deuda social" y de "cuasi contrato"(1), tiende también, como la de Durkheim y la de Duguit, a formular un concepto realista del Derecho, estableciéndolo sobre las bases permanentes del hecho de la solidaridad o de la interdependencia, es decir, sobre la vida social misma.

(1) V. el libro de C. Bouglé.-Le solidarisme. Paris, 1907. Cap. I.

Función socializadora del Derecho Natural.

Las consideraciones precedentes acerca del influjo de los hechos en la elaboración del Derecho positivo, nos revelan la existencia de tendencias espontáneas en los núcleos sociales, características de cada uno de ellos, pero que cooperan a un fin común, progresivamente conocido y realizado en el curso de la civilización.

Todas las variedades jurídicas necesarias, indispensables, expresan la contribución especial de cada Sociedad según su desarrollo y sus aptitudes, a la obra común del progreso. Impregnándose las distintas corrientes jurídicas de las calidades sociales que forman sus cauces respectivos, rinden todas sus aguas en el mar de la idea universal, en que se unifican los particularismos.

El fin de civilización y de universalidad en que se resuelve la vida, y que en el Derecho se expresa, como hemos visto, en el proceso de su socialización, no nos enseña que todos los hombres

se encuentran unidos por una afinidad sustancial, confirmada por las mismas leyes del desarrollo histórico? Las espontaneidades, los impulsos nativos, se dirigen por distintos caminos a un mismo centro de convergencia, en el cual se revela la sustancial identidad humana.

La noción de un fín social común supone un principio de objetividad unificado en la naturaleza. Ese principio de objetividad resplandece en los móviles psicológicos que buscan la motivación de la conducta; resplandece asimismo en la valoración jurídica de los actos, la cual, como dice el Sr. De Diego, es fruto de la conciencia jurídica espontánea(1).

No busquemos fuera de la Moral ese principio unificador. La Ciencia de las costumbres, de que habla Lévy-Bruhl(2), no expresa más que el subjetivismo arbitrario que sería factor de desintegración en vez de serlo de cooperación. Sin unidad formal de mi-

(1) Art. cit. de la Revista de Derecho Privado. Númº 3.

(2) La Morale et la science des mœurs. Revue Internationale de l'enseignement. 1906. II.

ras, sin comunidad de origen, sin la existencia de primeros principios de razón, sin el sentimiento de un fin total de la especie¿cuando llegarían a subordinarse las tendencias particulares de los grupos a la tendencia general de la humanidad?El instinto de simpatía, de que hablan algunos sociólogos, es la expresión de una idea moral.La misma ley imitativa, formulada por Tarde, es solo el desenvolvimiento de lo que llamaría Picard permanencias naturales del ser humano.

Rindiendo culto a la observación ha escrito el Sr.Mendizábal;"Los modernos sociólogos se preocupan muy poco del Derecho Natural y, sin embargo, en sus críticas se halla latente el ideal de justicia y rectitud que no mas puede ser investigado y desenvuelto en los estudios de Filosofía jurídica"(1).Los sociólogos, como dice Deploige, se propusieron llenar una honda laguna del

(1)Obra citada.Prólogo.Véase tambien la pág.230, acerca de la subordinación de la Sociología a la Etica.

Derecho Natural, porque han deseado conocer lo mejor posible a la Sociedad antes de prescribirla reglas. En este sentido, su ciencia de las costumbres es un metodo práctico de investigación, pero necesita completarse con el arte racional. Una y otro forman la ciencia práctica de Santo Tomás(1).

Por eso, Stammler mismo propugna la norma objetiva, el Derecho justo, y dice que la demostración de la verdad objetiva del Derecho Natural "se refiere a la cuestión de si existe o no, para los que han de establecer el Derecho, una causa determinativa de

(1) V. Deplodge. - El conflicto de la Moral y de la Sociología. Trad. de Francisco de Lombardía: "La España Moderna" (Pág. 305). - Son dignas de atención las consideraciones de I. Petrone acerca del origen de la experiencia jurídica, que supone una facultad que la crea (V. "La última fase de la Filosofía del Derecho en Alemania" Trad. de Cristóbal de Reyna. Pág. 205 "Ciencia y Acción"). "En el Derecho dice en la pag. 199 - se ha venido desnaturalizando el criterio científico en el histórico, y consiguientemente el problema ontológico en el genésico". Y Durán y Bas afirma que es preciso distinguir el origen y la expresión del Derecho. El primero está en la justicia; la segunda es la manifestación de la justicia en la costumbre y en la ley (ob. cit. Pág. 19). Prisco, por su parte, manifiesta que "el origen del Derecho y la manera como se manifiesta a la conciencia humana, son dos cosas distintas como el orden de la reali-

valor universal, que como idea.... como punto de mira tuviera un valor demostrable"(1).

Al investigar los orígenes del Derecho, no podemos apartar la vista de un principio de causalidad. El Derecho Natural es la causalidad jurídica. Ya hemos visto de que manera los hombres, al practicar sus primeros actos, sintieron la necesidad de cifrar en un principio superior el origen de sus propias experiencias. De ahí, el origen religioso del Derecho, la significación de los themistas y el culto de los muertos, fundado en la idea de inmortalidad. Los hombres primitivos

dad y el del conocimiento". (Filosofía del Derecho, fundada en la Ética. Traducción de Hinojosa. 2ª edición. Madrid, 1866-Pág. 102). Ha constituido una preocupación constante de los filósofos del Derecho la necesidad de encontrar un principio de justicia en los actos humanos, una norma objetiva de conducta, distinta de la conducta erigida en norma, para no caer en la anarquía jurídica y social. Nos apartamos por eso de la opinión que sostiene que la repetición de los actos engendra la justicia. Ya se ha hecho notar que si el primer acto carece de rectitud, los siguientes no lograrán ser justos. De ahí que el carácter jurídico de la costumbre no dependa de la repetición de actos. Lo que engendra la repetición es la validez social, la incorporación de la idea (2) Ob. cit. Pág. 267.

no vieron tras de sí el vacío, sino la idea religiosa y moral, que
 era luz en sus primeros pasos por la vida, custodia de sus intereses
 y guía de sus actividades. Las costumbres primitivas las considera
 el Sr. Perez Bueno como usos repetidos de acciones justas que se-
 ñalan el tránsito de la justicia natural a la justicia positiva, y
 afirma que es evidente que los primeros hombres inspiraron el ma-
 yor número de sus actos en la rectitud moral(1). Era preciso vin-
 cular en un principio ético, que se impusiera por su propia fuerza
 a la razón, la regla jurídica. En los primeros repartos de la propie-
 dad, en las primeras atribuciones positivas de derechos, en el meca-
 nismo sencillo de la vida primitiva, es de creer que presidiera un
 criterio fundado en el sentimiento de igualdad humana. Los preteri-
 dos, los vejados, se creerían íntimamente víctimas de la injusticia
 y alegarían sus derechos de igualdad ante los favorecidos por el

de justicia a la mentalidad de un pueblo, según las condiciones de
 vida colectiva. La Iglesia ha condenado en el Syllabus (prop. 59) la i-
 dentificación del hecho y del Derecho.
 (1) Apuntes de Fil. del Dcho. Explicaciones de Cátedra.

privilegio. Este sentimiento nacía de las fuentes profundas y ocultas de la naturaleza moral y era revelación de la dignidad personal grabada en la conciencia.

Solo la complicación de la vida civilizada pudo acallar momentáneamente esas espontaneidades de la conciencia, creando instituciones como la esclavitud. En este sentido, la civilización, en sus grados medios de desenvolvimiento, se fundó en la explotación del hombre por el hombre, explotación que no existía en las primeras comunidades y que desaparece en el ulterior desarrollo de la vida civilizada. Fué en ese anillo de tránsito cuando las minorías dominadoras hicieron de la desigualdad accidental—que impulsa el progreso y la cultura—un postulado de la naturaleza, en pugna, sin embargo, con su verdadera ley, que al cabo se impone y brilla con luz nueva.

Preciso es confesar que el Derecho Natural que da la elevada síntesis de lo justo, y tiene como principio supremo, ^{"un juicio"} según expre-

sivo en una fórmula general del carácter esencial a todo Derecho humano"(1), es norma poderosa de socialización y de integración jurídica, porque proclama una identidad de origen, una identidad esencial de medios-la naturaleza-y una identidad de fin(2).

Las modernas Ciencias sociales se ven obligadas a admitir, aún cuando no lo confiesen, como dice Deploige, "la existencia en la naturaleza moral y social de relaciones definidas, de un orden inmanente, de una finalidad intrínseca"(3).

(1) Ob.cit. Pág. 189. - *Pescor*.

(2) Funda Cathrein la existencia del Derecho Natural en textos de S. Agustín y Sto. Tomás que afirman la glorificación de Dios como fin último del hombre y eso por la misma naturaleza, pues el Creador no mueve las cosas externas por impulso externo, sino por inclinaciones e impulsos impresos en la misma naturaleza de cada ser. (Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo. Trad. de la 2ª edición alemana por los Sres. Jardón y Barja. V. Parte III-Art. II-I-3).

(3) Ob.cit. Pág. 404.

En las tendencias actuales de la Jurisprudencia ya hemos tenido ocasión de ver como los principios de equidad prevalecen sobre las mismas prescripciones legales, porque el movimiento ascendente de la cultura, desarrollando la comprensión de los hombres e influyendo en la formación de los conceptos sociales, alía la espontaneidad de la vida con las aspiraciones a una mayor justicia en el consorcio humano. En Inglaterra, por ejemplo, las expresiones "Common law par equity" implican, según Spencer, "la suposición de que los hombres, porque están constituidos de una manera semejante poseen ciertos derechos comunes, cuya conservación, ventajosa directamente a su persona, aprovecha indirectamente a la sociedad; y que así las decisiones de la equidad poseen una acción propia, tan independiente del Derecho consuetudinario como del voto del Parlamento"(1).

La equidad, que así inspira las prácticas sociales, se convierte

(1) Ob. cit. Pág. 712.

en norma de todo el Derecho, en la ley, en la costumbre y en la jurisprudencia. Es el desemboque natural de la civilización, el núcleo de las certidumbres, pues la febril actividad que caracteriza a nuestra época, reclama—dice el Sr. Minguíjón—reglas fijas, fáciles de conocer, que permitan la confianza y la seguridad en las relaciones humanas(1).

Desde el punto de vista del influjo del Derecho Natural en la Ciencia positiva del Derecho, Geny ha dicho: "Solo el Derecho Natural, reducido a su mínimun necesario, pero por lo tanto mejor asegurado en su principio....proporciona la base indispensable a una elaboración verdaderamente científica del Derecho positivo"(2).

~~588~~=====

(1) Op. cit. Pág. 6.

(2) Scienze et technique, etc. Ed. cit. Nota preliminar del Autor.

CONCLUSIÓN

Nos hemos propuesto estudiar en esta Memoria algunas cuestiones que suscita el Derecho, concebido en el proceso de sus manifestaciones en la vida social, no de una manera abstracta en sus puras normas de justicia y de perfección.

Las relaciones entre el Derecho y la vida han aparecido formuladas científicamente en la Sociología jurídica, o en lo que se ha denominado impropriamente Derecho social. Los métodos de la Jurisprudencia histórica y los de la moderna Ciencia Social-que pueden considerarse como continuadores de aquellos- han inspirado las investigaciones jurídicas fundadas en un criterio realista y observador de la vida.

Solo un estudio paralelo de los fenómenos sociales y de los jurídicos puede resolver en una síntesis y en una compenetración

fecunda el valor normativo del Derecho y las tendencias espontáneas existentes en una Sociedad.

Hemos podido observar cómo a medida que la civilización avanza pierde el Derecho como poder subjetivo todo lo que gana como función social. No es que desaparezca la esencia del Derecho, el carácter facultativo que lo inspira; es que la misma facultad se convierte en medio necesario para la convivencia, y si no podemos decir con A. Comte que "nadie tiene más Derecho que el de cumplir siempre con su deber", sí podemos afirmar que la convivencia humana tiende a fundarse sobre normas objetivas que imponen límites al Derecho subjetivo.

Las realidades económicas y las afinidades civilizadoras que hacen de la Humanidad una familia han determinado también en el Derecho de cada núcleo social un movimiento de integración imprimiendo el sello de universalidad que caracteriza a la socialización jurídica. Los influjos mutuos entre el Derecho y el hecho

que se observan a lo largo de la evolución, se manifiestan claramente al considerar la socialización del Derecho como un trasunto de la existencia de hechos universales, y considerando al mismo tiempo, que esa universalidad de los hechos ha estado inspirada en el sentimiento de cooperación que el Derecho ha ido inculcando en la comunidad humana.

Nacen así modernamente los hechos sobre un amplio fondo jurídico formado por el cruzamiento de las tendencias que se han sucedido en la Historia, buscando constantemente la idea de Justicia, que, aunque se eclipse y desmaye, resurge con nuevos bríos en todos los estados y condiciones sociales.

Otra relación entre el Derecho y la vida se opera por medio de la Jurisprudencia, a la que hemos considerado como el órgano encargado de adaptar a la vida las influencias del Derecho-influjo jurídico sobre el hecho-y de llevar al Derecho las vibra-

ciones de la vida-influjo del hecho sobre el Derecho.-

Cuestiones tan complejas como las que caben dentro del enunciado de este trabajo, no es posible abordarlas en su generalidad excesiva. Por eso nos hemos ceñido a presentar en síntesis etapas capitales del desenvolvimiento jurídico hasta llegar a la moderna elaboración sociológica del Derecho.

La magnitud del empeño ha encontrado sin duda desproporcionados los medios modestos del autor de ésta Memoria.

=====

Madrid, Marzo de 1920.

En. S. R. de Park
—

OBRA CONSULTADA PARA REDACTAR ESTA MEMORIA.

- Ahrens.-Enciclopedia jurídica.Trad.de los Sres.Giner,Azcárate y Linares.Madrid,1878.
- Alvarez del Manzano.-Contestación al Discurso de recepción del Sr.Bonilla y San Martín en la R.Acad.de Ciencias Morales y Políticas.
- Anzilotti.-La Filosofia del Diritto e la Sociologia.-Firenze,1892.
- Asturaro.-Prologo a la "Sociologia Juridica"de Nardi-Greco.
- Austin.-La Philosophie du Droit positive.Trad.francesa de Henry. Paris,1894.
- Azcárate.-Concepto de la Sociologia.-Discurso de recep.en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Bergson.-L'evolution creatrice.-Paris,1907.
- Beudant.-Le droit individuel et l'Etat.2e.edition.Paris,1891.
- _____La méthode des sciences sociales.Revue de Droit Public 1896-T.VI.

Boggiano.-L'organizzazione professionale e la rappresentanza di classe.Torino,1903.

Bonilla y S.Martín.-La ficción en el Derecho.Disc.de recep.en la R.Acad.de Ciencias Morales y Polit.Madrid,1912.

Bouglé.-Le Solidarisme.Paris,1907.

Burgos y Mazo.-Influencia del alma colectiva en las instituciones jurídicas.Disc.de Apertura de Tribunales.Madrid,1

Carreras y Arañó.-Filosofía de la ley según Sto.Tomás de Aquino. Tesis doctoral.Madrid,1919.

Carreras y Artau.-La Filosofía del Derecho en el "Quijote"-Gerona. Calderón.-(Véase Giner)

Canalejas.-"Generación y vida de las leyes"-Disc.leído en la inauguración del Curso 1893-94 en la R.Acad.de Jurisprud.
 _____ Discurso inaugural del Curso 1904-05 en la R.Acad.de Jurisprudencia y Legislación.Madrid.

Calvo Sotelo.-La doctrina del abuso del Derecho como limitación

del Derecho subjetivo. Tesis doctoral. Madrid, 1917.

Carrascosa.-Primera fase de la evolución social y política (La familia antigua; su carácter general). Tesis. Orense, 1901.

Carle.-La vida del Derecho. Trad. de los Sres. Giner (D.H.) y Fz. Llamas.

Comte (Augusto) -Système de politique positive. Paris, 1851-54.

Costa.-Teoría del hecho jurídico individual y social

___ La Vida del Derecho. Madrid, 1876.

___ La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses

___ El problema de la ignorancia del Derecho.

Cruet.-La vie du Droit et l'impuissance des lois. Paris, 1908.

Cézar-Bru-La méthode d'interpretation du Droit civil. La coutume et le Droit comparé. Revue générale du Droit, 1904.

De Diego.-Apuntes de Derecho civil español, común y foral. Madrid, 1910.

___ El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código civil español. Disc. de recep. en la R. Acad. de Ciencias Morales y Políticas.

De Diego.-La función jurisdiccional de los jueces y la aplicación del Derecho en general.Rev.de Derecho Privado,núm.3.

Deploige.-El conflicto de la Moral y de la Sociología.Trad.de Francisco de Lombardía.-"La España Moderna"

Díez Enriquez.-Prologo a la trad.castellana de las "Sentencias del Magistrado Magnaud"Madrid,1904.

Donnat.-La Politique experimentale.-Paris,1885.

Dorado Montero.-El Derecho y sus sacerdotes.Madrid.1909.

_____ Valor social de leyes y autoridades.Manuales"Soler"

Duguit.-L'Etat,le droit objectif et la loi positive.Paris,1901.

_____ Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón.Trad.de Carlos G.Posada.Beltrán.Madrid.

_____ Le Droit constitutionnel et la Sociologie.Revue Internationale de l'Enseignement,1889.

Durán y Bas.-La Codificación y sus problemas.Barcelona,1889.

Durkheim.-Les regles de la méthode sociologique.3ªed.

- Charles-Brun.-El Regionalismo.Trad.y notas de José G.Acuña.Pro-
logo de Salvador Canals.Beltrán.Madrid.
- Charmont.-La Renaissance du Droit Naturel.Montpellier-Paris,1910.
- Chassan.-Essai sur la symbolique du Droit.Paris,1847.
- Chesterton.-Ortodoxía.-Trad.de Alfonso Reyes.Madrid,1917.
- Fischer."Enquete menée par M.Broda,"acerca de "Le role de la vio-
lence dans les conflits de la vie moderne"Paris,
1913.
- Fustel de Coulanges.-La ciudad antigua.Trad.de la 5ªed.francesa
por D.Pedro de Santiago.Madrid,1876.
- Fouillée.-Novísimo concepto del Derecho en Alemania,Inglaterra y
Francia.Trad.de Gomez de Baquero."La España Moderna".
- Geny.-Método de interpretación y fuentes en Derecho privado po-
sitivo.Trad.de la Bib,jurídica de Autores espa-
ñoles y extranjeros.Madrid,1902.
- Scienze et technique en Droit privé positif.Paris,1915.

Giner y Calderón.-Resúmen de Filosofía del Derecho.Madrid,1898.

Giner.-Teoría de la Persona Social.

_____ Sobre el concepto de la ~~ley~~ ley en el Derecho positivo(V.Asociación española para el progreso de las Ciencias.Congreso de Zaragoza.T.VI).

Gierke.-La función social del Derecho privado.-Trad.de Navarro d Palencia.Madrid,1904.

Groppali.-Le probleme de la formation de Droit et les nouvelles exigences de la critique moderne(Annates de l'Institut Internationale de Sociologie,1903).

Gumplowicz.-Il concetto sociologico dello Stato.Version italiana de la 2ª edición alemana.Torino,1904.

Grasserie(Raoul de la).-Principios sociológicos del Derecho civil.Trad.de Pereira.Madrid,1909.

Hauriou.-Principes du Droit public.

Ihering-El fin en el Derecho.Trad.de Leonardo Rodriguez.

Ihering.-La lucha por el Derecho.Versión española de Posada.Prólogo de Leopoldo Alas.

----- L'esprit du Droit romain.Trad.francesa de Maulenaere.Paris,1877-78.

----- L'evolution du Droit(Zweck im recht).Trad.francesa de la 3ªedición alemana por O.de Maulenaere. Paris,1901.

Joly(Henry).-La crise morale des temps nouveaux.L'Univers.Paris, 18 de Junio de 1907.

Kochanowsky.-Les ~~problemes~~ échos des temps primitives et les eclairs des droits historiques dans les fenomenes de la vie moderne(Ann.de l'Institut.Internat.de Sociologie)

Kovalewsky.-Le probleme du Droit comparé.-Ses méthodes[Ann.de l'Institut.Internat.de Sociologie,1900).

Kohler.-Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho.Trad de Castillejo y Duarte.Madrid,1910.

Kidd.-La civilización occidental.Trad.de Siro García del Mazo.Ma-

d Madrid, 1904.

Kurtz.-La Iglesia en los trances de la Historia. Trad. de Cholbi.
Madrid, 1906.

Lambert-Le droit civil et la législation ouvrière.-Revue générale
du Droit, de la législation et de la jurisprudence, 1904.

Layret.-Las Sentencias del Magistrado Magnaud, reunidas y comentadas
por...-Trad. castellana. Madrid, 1904.

Le Bon.-La Psicología política y la Defensa social. Trad. de José
M.^a González. Madrid, 1912.

___ -Psicología de la Educación. Trad. de Muñoz Escámez. Madrid,
1906.

___ -Psychologie des foules. 2e. edition. Paris, 1896.

Lenz.-Über gesch. Entstehung des R. (No consultada directamente).

Le Play.-La réforme sociale en France.

Levy-Bruhl.-La Morale et la science des mœurs. Revue Internationale
de l'Enseignement, 1906-II.-

Maistre(De) .-Principe générateur des constitutions politiques.

Cit.º por Grandelaunde.Principes du Droit public.Paris,1972).

March,y otros.-De la méthode dans les Sciences.2e.ed.Paris,1911.

Maurras.-L'avenir de l'intelligence.6e.ed.

Mendizábal y Martín.-Teoría general del Derecho.Zaragoza,1915.

Menger.-Du role sociale de la science du Droit.Revue Internationale d'Economie,1896.

Nicholelet(g) .-La religión como hecho social.Trad.de García Bote.

Bibl."Ciencia y Acción".

Minguíjon.-Historia general del Derecho español(Elementos de)Cuaderno 1º Pedro Carra,Zaragoza.

_____ +La responsabilidad civil extracontractual.Tesis doctoral.Madrid,1906.

Nardi-Greco.-Sociología Jurídica.Trad.de Eduardo Ovejero."La España Moderna".

Novicow.-Critique du Darwinisme sociale(Ann.de l'Institut.Intern.
de Sociologie,1907).

_____-Mécanisme et limites de l'association humaine.Paris,191

Olphe-Galliard.-L'organisation des forces ouvrières.Paris,1911.

Perez Bueno.-Apuntes de Filosofía del Derecho.Explicaciones de
Cátedra.

Petrone(I).-La última fase de la Filosofía del Derecho en Ale-
mania.Trad.de Cristobal de Reyna."Ciencia y Acción".

Perreau.-Du rôle de l'habitude dans la formation du Droit pri-
vé.Revue trimestral du Droit civil,1911.

Picard.-El Derecho puro.Trad.de Serrano Jover.Madrid,1911.

Posada.-Tratado de Derecho Político.2ªed.Madrid,1916.

_____*Tratado de Derecho Administrativo.-Madrid,1897.

Pou y Ordinas.-Historia externa del Derecho Romano.Barcelona,1884

Prat de la Riba.-La nacionalidad catalana.Trad.del catalán por
A.Royo Villanova.Valladolid,1917.

- Prisco.-Filosofía del Derecho fundada en la Etica.Trad.de Hinojosa.2ªed.Madrid,1866.
- Rivera y Pastor.-Logica de la libertad.Principios de la doctrina del Derecho.
- Roig y Bergada.-Estado actual de la Admon.de Justicia en España.Conf.pronunciada en la R.Acad.de Jurisp.Madrid,1919.
- Reguin.-La règle du Droit.Laussanne,1899.
- Rolin(Henry).-Rev.trimestari du Droit civil,1911.
- Ruiz del Castillo.-El método de las reivindicaciones obreras.Revista Social.Barcelona,1919.
- Salcedo y Ruiz.-Contestación al Disc.citºdel Sr.C.de Diego en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Saleilles.-De la personnalité juridique.Paris,1910.
- 6Prologo a la obra de Geny:"Interp.y fuentes en Dcho. Privado positivo".
- Sales y Farré.-Estudios de Sociologia.Evolucion social y polí-

tica.Madrid,1899.

Sanz y Escartín.-El individuo y la Reforma social.

Savigny.-Sistema del Derecho romano actual.Trad.de los Sres.Me-
sía y Poley.Tomo I.

— -De la vocación de nuestro siglo para la legislación y
la Ciencia del Derecho.Trad.y Prologo de Posada.

— -La Escuela histórica del Derecho.Documentos para su es-
tudio.Trad.de R.Atard.Madrid,1908.

Spencer.-Principes de Sociologie.Trad.francesa de Cazelles.Pa-
ris,1883.

Stammler.-El método de la escuela histórica.-(Documentos citados
para el estudio de la Escuela histórica.Vease Savigny).

Stahl.-Historia de la Filosofía del Derecho.Trad.y Prologo de
Gil y Robles."La España Moderna".

Summer Maine.-El antiguo Derecho (Ancien law).Trad.de la Bib.de
Autores contemporáneos.

Taine.-Les origines de la France contemporaine.Le régime moderne.Paris,1891.

Tanon.-L'évolution du Droit est la conscience sociale.2ªed.Paris,1905.

Tarde.-Les transformations du Pouvoir.2ªed.Paris,1909.

— -Las transformaciones del Derecho.Trad.y notas de Posada.

— -Las leyes sociales.Trad.de Núñez de Prado.Bib.Sociológica.Barcelona.

Vaccaro.-Las bases sociológicas del Estado y del Derecho.Trad. de Garriga."La España Moderna".

Vecchio(Del).-El concepto del Derecho.Version castellana de Mariano del Castaño.Madrid,1914.

— -El sentimiento jurídico.Version castellana de la 2ªed. italiana por Mariano del Castaño.Pub.por la Rev.de Legislación y Jurisprudencia.

Vico.-Scienza Nuova.Traduit dans les "Principes de la Philosophie

de l'Histoire" par Jules Michelet, Bruxelles, 1839.

Ward.-La Sociologie des partis politiques.(Ann.de l'Institut.Internationale de Sociologie).

Worns.-Le experimentacion en Sociologie.(Ann.de l'institut Internationale de Sociologie, 1898).

OMISIONES EN LA ENUMERACION

ORTOGRAFICA

Azcárate.-Ensayo de una Introd.al estudio de la Legislación comparada.Madrid, 1874.

Cathrein.-Filosofía del Derecho.El Derecho Natural y el Positivo.Trad.de la 2ªed.alemana por los Sres.Jardón y Barja.

Payot.-La educación de la voluntad.Trad.de la 4ªed.francesa por Manuel Antón.4ªed.Madrid, 1913.-

=====